J. rom. C.
273 mc - 2

Puchta

<36639242100010

<36639242100010

Bayer. Staatsbibliothek

Curſus

der

Inſtitutionen

von

G. F. Puchta.

Zweiter Band.

Zweite verbeſſerte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1846.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort des Herausgebers.

Die Aenderungen und Zuſätze gegenwärtiger Ausgabe des zweiten Bandes ſind faſt ſämmtlich aus den Bemerkungen entſtanden, welche ich dem Verfaſſer, als er gegen Ende des vorigen Jahres ſich mit ihr zu beſchäftigen anfieng, auf ſein Verlangen mitgetheilt, zum Theil auch noch mit ihm ſelbſt in mündlicher Berathung überlegt hatte.

Durch das Vermächtniß des ſterbenden Freundes mit der Sorge für ſeinen litterariſchen Nachlaß beauftragt, fand ich einen Theil jener Ausſtellungen von ihm in einer Weiſe berückſichtigt, die zur Aufnahme der übrigen ermuntern konnte.

Dieſe letzteren nun habe ich ſelbſt auszuführen verſucht, bald mit größerer bald mit geringerer Entſchiedenheit des Tones, jenachdem ich, namentlich im Urtheil über die nachzutragende neuſte Litteratur, ſeiner Beiſtimmung mich verſichert halten durfte, überall aber Das, wofür er nicht mehr verantwortlich iſt, durch Klammern und Namenschiffren von dem Seinigen deutlich unterſcheidend.

Die Herausgabe der hinterlaſſenen Handſchrift des dritten Bandes, beſtehend in dem nicht unbedeutenden Theil des achten die Obligatio

umfaſſenden Kapitels, welchen der Verfaſſer ſelbſt noch für den Druck ausgearbeitet hatte, wird nach Ausgabe des gegenwärtigen Bandes meine nächſte Sorge ſeyn. Ich habe nämlich vorgezogen, dieſes Fragment in einem beſondern Heft zu veröffentlichen, da die Aufnahme in den zweiten Band eben ſo ſehr das Ebenmaaß zerſtört, als die Intereſſen der Beſitzer der erſten Ausgabe verletzt haben würde. Von den übrigen Kapiteln des dritten Bandes exiſtiren nur die Umriſſe in einem Kollegienheft, mit deſſen Herausgabe ich nicht beauftragt bin.

Berlin, im Julius 1846.

Rudorff.

Inhalt des zweiten Bandes:

Drittes Buch: Geſchichte des römiſchen Civilproceſſes.

Einleitung.

Ueberſicht des Inhalts §. 149. S. 3—5.

Erſtes Kapitel: Geſchichte des Civilproceſſes in den drey erſten Perioden.

Grundlagen des römiſchen Gerichtsweſens §. 150. S. 6—9.

Theilung der richterlichen Functionen. Ordentliches, außerordentliches Verfahren.

Gerichtsverfaſſung:

A. Die Magiſtrate §. 151. 152. S. 9—22.

Officium ius dicentis: iurisdictio, imperium (mixtum — merum), andere Functionen. Beſchränkungen. Mandata iurisdictio.

Competenz: forum domicilii, originis, prorogatum, solutionis, contractus, administrationis, rei sitae.

B. Die Judices §. 153. 154. S. 22—47.

Officium iudicis. Iudicium decemvirale, centumvirale (Competenz, Einrichtung, Alter, Bedeutung des Centumviralgerichts).

Iudices privati (Geſchichte). Arten (Recuperatoren). Iudices — arbitri. Fähigkeit zum Richteramt. Ernennung: album iudicum, Theilnahme der Parteien an der Ernennung. — Iudex pedaneus.

C. Die Parteien §. 155—157. S. 47—68.

Postulare, Fähigkeit dazu. Beiſtände (advocati, patroni).

Stellvertreter: Möglichkeit, Beſchränkungen, Arten (cognitores, procuratores, tutores et curatores, actores), Wirkung.

Cautionen, poenae temere litigantium.

D. Ort und Zeit des Verfahrens §. 158. 159. S. 68—75.

Tribunal. Oeffentlichkeit. Tageszeit. Gerichtstage: dies fasti, comitiales; actus rerum. Dies iuridici — feriae.

Proceßverjährung: iudicia legitima und imperio continentia.

Gerichtsverfahren:
A. Einleitung des Proceſſes §. 160. S. 75—79.
In ius vocatio, editio actionis, vadimonium. Verfahren gegen den indefensus. Litis denuntiatio.
B. Verhandlungen in Jure:
a. Legis Actiones §. 161. 162. S. 80—97.
Legis actio sacramento; vindicatio (in iure manum conserere), vindiciae. L. a. per iudicis postulationem, per condictionem ex lege silia et calpurnia, per manus iniectionem (Beſchränkung derſelben), per pignoris capionem (tribuni aerarii).
b. Formulä §. 163—171. S. 98—176.
Allgemeines: Urſprung, Lex Aebutia, Leges Juliä. Vergrößerter Einfluß des Magiſtratus (§. 163).
Partes formulae: Demonstratio, praescriptio pro actore (§. 164).
Intentio: in personam, in rem actio; certa, incerta; dare, dare facere, praestare; condictio certi, triticaria, incerti; bonae fidei actio; ficticia actio, utilis actio, in factum actio; actiones (in factum) praescriptis verbis (§. 165).
Adiudicatio. Condemnatio: certae, incertae pecuniae (cum taxatione, infinita); arbitraria formula; Faſſung der Condemnatio bey Stellvertretern (§. 166).
Zuſammenſtellung der Formeln: Demonſtratio (in welchen Formeln). Intentio (mixtae actiones, praeiudiciales actiones). Condemnatio. Fehler der Faſſung: Pluspetitio (§. 167).
Sponsiones: praeiudiciales, poenales. Sponſionsverfahren bey der in rem actio (§. 168).
Interdicta: restitutoria, exhibitoria, prohibitoria, simplicia, duplicia; Verfahren per sponsionem, per formulam arbitrariam. Charakter und Zweck des Interdictenproceſſes (§. 169).
Zuſätze zu den Formeln für den Beklagten: exceptio (perpetua, temporalis; in factum; in personam, in rem; Anwendbarkeit bey b. f. iudicia, arbitrariae formulae, in factum actiones). Vertheidigung des Klägers durch Replik, Duplik ꝛc. (§. 170).
Praescriptiones pro reo (praeiudicia), Aufhebung dieſer Form von Einreden (§. 171).
c. Litis Conteſtatio §. 172. 173. S. 176—192.
Lis inchoata, res in iudicium deducta. Wirkung dieſer Anhängigmachung des Rechtsſtreits 1) Conſumtion des Klagerechts (exceptio rei in iudicium deductae) 2) Verpflichtung zu dem Ausgang des Proceſſes (omnia iudicia esse absolutoria S. 179); Einfluß auf den Gegenſtand; translatio iudicii. Geſchichte der litis contestatio.
Endigung des Verfahrens in iure ohne Litisconteſtation: confessio in iure, iusiurandum, Weigerung des Beklagten (interrogatio in iure).
C. Verhandlungen in Judicio:
a. Beweis §. 174. S. 192—208.
Verhandlungen vor dem Richter; Beweismittel: Urkunden, Zeugen, (Pflicht zum Zeugniß) ꝛc. Eid; Beweislaſt; freie Beurtheilung des Richters. Eremodicium.

b. Sentenz §. 175. S. 203—211.
Inhalt der Sentenz (iudicia duplicia); Form; Wirkung: res iudicata (bey Präjudicien, bey der Adjudicatio, bey der Condemnation und Abſolution). Anwendung der exceptio rei iudicatae.

D. Verfahren extra Ordinem §. 176. 177. S. 212—223.
Fälle der Anwendung; das Verfahren ſelbſt.
In integrum restitutio: Weſen derſelben; proceſſualiſche Seite; Verfahren zum Zweck der Reſtitution (Ausſcheidung von Fällen, die nicht dahin gehören).

E. Reſcriptsproceß §. 178. S. 223-225.

F. Execution §. 179. S. 225—245.
Iudicati actio; Perſonalexecution, nach den Zwölf Tafeln und ſpätere Modificationen; Vermögensexecution: civilrechtliche zu Gunſten des Staats, prätoriſche für Privatgläubiger durch possessio, proscriptio und venditio bonorum; Wahl zwiſchen Perſonal- und Vermögensexecution, lex iulia de cessione bonorum; Vermögensexecution durch pignora capta, durch Wegnahme der geforderten Sache. Execution eines Decrets.

G. Rechtsmittel gegen die Sentenz §. 180. 181. S. 245—257.
Nichtigkeit der Sentenz. Anfechtung einer gültigen Sentenz auf dem Weg der In Integrum Reſtitutio. Appellation gegen Decrete.
Appellation gegen Sentenzen: Geſchichte derſelben; revocatio in duplum. Appellationsverfahren (Beſchränkungen der Appellation), Rechtskraft.

Zweites Kapitel: Geſchichte des Civilproceſſes in der vierten Periode.

A. Untergang des Ordo Judiciorum §. 192. S. 258 f.
Iudicia extraordinaria. Iudices pedanei.

B. Gerichtsverfaſſung §. 183. S. 259—263.
Richterliche Behörden; Verweſer; Commiſſarien; Advocaten und Tabelliones. Ort und Zeit der Gerichte. Sporteln.

C. Verfahren:

a. Einleitung des Verfahrens §. 184. S. 263—265.
Denuntiatio, libellus conventionis.

b. Cognitio §. 185. S. 266—272.
Litisconteſtation. Einfluß des neueren Verfahrens auf den Begriff und die alten Eintheilungen der Klagen und Exceptionen. Beweisverfahren. Ungehorſam des Beklagten. Exceptionelles Verfahren.

c. Sentenz §. 186. S. 272—275.
Inhalt der Sentenz. Consultatio ante sententiam.

d. Rechtsmittel gegen die Sentenz §. 187. S. 275—279.
Appellation: Verfahren, Beſchränkungen; Supplicatio oder Retractatio.

e. Execution §. 188. S. 279—282.
Vorausſetzungen; directe Execution; pignoris capio; missio in bona (Concursverfahren).

Viertes Buch: Syſtem und Geſchichte des römiſchen Privatrechts.

Einleitung.

Aufgabe der Darſtellung §. 189. S. 285 f.

Erſtes Kapitel: Von den Rechten überhaupt.

A. Subject der Rechte:

a. Arten der Perſonen §. 190—192. S. 287—298.

Natürliche, juriſtiſche Perſonen.

Arten der juriſtiſchen Perſonen: Staat, politiſche Corporationen, andere Corporationen, Kirche, milde Stiftungen, Hinterlaſſenſchaft.

Natur, Entſtehung, Aufhebung der juriſtiſchen Perſonen.

b. Arten der Rechte nach Stellung der Perſonen:

aa. Begriff des Vermögens §. 193. S. 298 f.

Verſchiedene Bedeutungen von Vermögen.

bb. Begriff der Familie §. 194—196. S. 300—314.

Verſchiedene Bedeutungen von familia; Agnation; Gentilität.

Natürliche Familie; Cognation: gerade Linie, Seitenlinie; mehrfache Verwandtſchaft; eheliche, uneheliche Verwandtſchaft; Aufzählung der Verwandten (Reſpectus Parentelä); Grad der Verwandtſchaft. Verhältniß der Agnation und Cognation in Beziehung auf ihr Weſen und ihre Wirkung (Verſchwinden der Gentilität).

Affinität.

cc. Vermögensrecht und Familienrecht §. 197. S. 314—317.

Fähigkeit zu dem einem und dem andern, commercium und connubium.

c. Entſtehung und Endigung der Rechte:

α. Allgemeines §. 198. S. 317—322.

Claſſification der Erwerbungen: originäre, derivative (Succeſſion); Gründe der Entſtehung und Endigung; directe, indirecte Endigung.

β. Einfluß der Zeit §. 199. 200. S. 322—338.

Erwerb oder Verluſt eines Rechts durch Ablauf eines Zeitraums (Verjährung). Kalender. Berechnung von Zeiträumen: nach dem Kalender, Civilcomputation. Berechnung a momento ad momentum.

Continuum, utile tempus. Unvordenkliche Zeit.

γ. Rechtsgeſchäfte:

a. Allgemeines §. 201—204. S. 338—369.

Juriſtiſche Handlungen; Rechtsgeſchäfte; Verträge.

Erforderniſſe der Rechtsgeſchäfte: Willensvermögen (Handlungsunfähigkeit der juriſtiſchen Perſonen, der Wahnſinnigen, der Kinder); Richtung des Willens auf einen juriſtiſchen Zweck (beſchränkte Handlungsfähigkeit der Unmündigen, der Frauen, der Verſchwender — Einfluß der Cura auf die Handlungsfähigkeit, namentlich bey Minderjährigen S. 349 ff. —): Aeußerung des Willens (Form des Rechtsgeſchäfts, Simulation, Undeutlichkeit).

Handlungen durch Stellvertreter; beſchränkte Zulaſſung.

Inhalt des Rechtsgeſchäfts: weſentlicher und außerweſentlicher; Haupt- und Nebenbeſtimmungen, inſonderheit Bedingungen: Begriff, Arten, Wirkung, Zuläßigkeit (rechtswidrige und unſittliche, unmögliche Bed.). — Ungültigkeit eines Rechtsgeſchäfts: Nullität, Anfechtbarkeit.

b. Schenkungen §. 205. 206. S. 370—391.

Veräußerung: gegen oder ohne Aequivalent. Begriff der Schenkung, Mannigfaltigkeit der Rechtsgeſchäfte, in denen ſie enthalten ſeyn kann. Mortis causa donatio.

Widerruflichkeit einer Schenkung: des Patrons, des Vaters ꝛc., wegen Undanks. Widerruflichkeit nach der Lex Cincia. Nichtigkeit einer übermäßigen Schenkung wegen mangelnder Inſinuation.

B. Gegenſtand der Rechte §. 207. S. 391—396.

Ueberſicht der Rechte nach ihren Gegenſtänden.

C. Schutz der Rechte §. 208. 209. S. 396—423.

Vollkommener, unvollkommener Schutz. Veränderungen der Rechte von dieſer Seite. Klagverjährung: Geſchichte; Vorausſetzungen (Unterbrechung), Wirkung.

Veränderung von beſtehenden Rechten durch in integrum restitutio; materielle Erforderniſſe: Läſion; iusta causa: Minderjährigkeit (lex plaetoria), Abweſenheit, Drohung, Betrug, Irrthum; Beſchränkung der Reſtitution.

Zweites Kapitel: Von dem Recht der Perſönlichkeit.

Vorausſetzungen §. 210. S. 424—427.

Exiſtenz eines menſchlichen Individuums. Entziehung, Beſchränkung der Perſönlichkeit, status.

A. Libertas:

a. Die Sclaven §. 211—213. S. 424—454.

Entſtehung der Sclaverey durch Kriegsgefangenſchaft, durch Geburt (S. C. claudianum).

Zuſtand der Sclaven: geſetzliche Milderungen deſſelben. Potestas; Anerkennung gewiſſer Rechtsverhältniſſe; statuliberi und factiſche Freiheit (in libertate esse).

Uebergang zur Freiheit. Erforderniſſe der Manumiſſion: Form (lex iunia), Fähigkeit des Manumiſſors (lex aelia sentia), Alter des Sclaven (l. aelia sentia, iunia), lex furia caninia. Freiheit ohne Manumiſſion.

b. Die Freien §. 214. 215. S. 454—463.

Begriff der Freiheit. Mittelzuſtände: factiſche Dienſtbarkeit, auctoramentum, redemtio ab hostibus, addictio, mancipium, Colonat.

Freigeborne und Freigelaſſene (natalibus restitui, ius aureorum anulorum).

B. Civitas:

a. Cives §. 216. S. 463—470.

Politiſche, privatrechtliche Civität. Bürgerliche Ehre (ignominia: infamia, nota censoria, turpitudo). Einfluß des Standes, der Religion.

b. Nichtcives §. 217. S. 470—478.

Peregrinen (dediticii ex l. aelia sentia). Latinen (latini coloniarii, iuniani etc.).

c. Uebergang zur Civität §. 218. S. 478—486.

Civität durch Geburt, durch Freilaſſung, durch Uebergang aus der Peregrinität oder Latinität (l. aelia sentia etc.). — Abweiſung einer neueren Auffaſſung der Freiheit und Civität.

C. Familia §. 219. S. 486—493.

Einfluß der Familie auf die Rechtsfähigkeit nach älterem, nach neuerem Recht. Beſchränkung der in patria potestate und in manu Stehenden.

Capitis Deminutio §. 220. S. 493—508.

Begriff (verſchiedene Anſichten), Arten: maxima (feindliche Gefangenſchaft, Poſtliminium; Verkauf; Verurtheilung), media (Vertauſchung des Bürgerrechts, Verurtheilung), minima (Begriff, Fälle, Wirkungen).

Status Controverſia §. 221. S. 508—512.

Verſchiedene Veranlaſſung und Form der status quaestio. Vertretung dabey.

Drittes Kapitel: Von dem Recht des Beſitzes.

Von den Sachen §. 222. 223. S. 513—528.

Res corporales, incorporales. Theile. Universitates rerum.

Bewegliche, unbewegliche Sachen (praedia rustica, urbana, suburbana). Commercium der Sachen: res divini iuris, res sanctae; res omnium communes, res publicae (Uebergang von öffentlichem Land in Privateigenthum: Limitation).

Der Beſitz §. 224. 225. S. 528—541.

Rechtliche Exiſtenz des Beſitzes, Zuſammenhang mit dem Recht der Perſönlichkeit.

Poſſeſſoriſche Interdicte: retinendae, recuperandae possessionis (Veranlaſſung dieſer letzteren).

Juriſtiſcher Beſitz §. 226. 227. S. 541—551.

Corpus und animus als Elemente des Beſitzes. Verſchiedenheit des animus; animus domini. Uſucapionsbeſitz.

Hiſtoriſcher Urſprung des Beſitzrechts.

Erwerb und Verluſt des Beſitzes §. 228. S. 551—560.

Erforderniſſe des Erwerbes von Seiten des corpus (Apprehenſion), des animus. Verluſt durch corpus oder animus in contrarium actus. Fortſetzung und Erwerb durch Repräſentanten (constitutum possessorium).

Möglichkeit des Beſitzes §. 229. S. 560—568.

Ausſchließung des Beſitzes um ſeiner factiſchen Natur willen bey gewiſſen Perſonen und Gegenſtänden, Mehrheit von Beſitzern derſelben Sache, Beſitz an Theilen. Ausſchließung um ſeiner rechtlichen Natur willen bey gewiſſen Perſonen und Gegenſtänden. Umgekehrt Annahme des Beſitzes wo natürlich betrachtet kein Beſitz exiſtirt (abgeleiteter Beſitz).

Ausdehnung des Beſitzes auf unkörperliche Dinge §. 230. S. 568—575.
Quaſibeſitz. Interdicta velut possessoria. Erwerb und Verluſt des Quaſibeſitzes.

Viertes Kapitel: Von dem Eigenthum.

Allgemeine Natur des Eigenthums §. 231 — 234. S. 576 — 610.
Begriff des Eigenthums: Gegenſtand (Eigenthum an Theilen), Totalität (geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums). Miteigenthum.
Eigenthumsklage: rei vindicatio (Beklagter, Zweck, Früchte, Verwendungen), negatoria in rem actio.
Beweis des Eigenthums. Publiciana in rem actio.
Actio finium regundorum: Veranlaſſung und Theorie; Geſchichte derſelben (Zwölf Tafeln, Lex Mamilia, ſpätere Geſetzgebung).

Geſchichte des Eigenthums §. 235. 236. S. 610 — 636.
Syſtem des vorherrſchenden Staatseigenthums. Privateigenthum, quiritiſches Recht. Gegenſätze: Eigenthum an Provincialgrundſtücken, Eigenthum der Peregrinen.
Bonitariſches Eigenthum, Verhältniß zur Unterſcheidung der Erwerbungen in civile und natürliche, Geſchichte des bonitariſchen Eigenthums. Späteres Recht; ungünſtige Stellung des kleineren Grundeigenthums.

Erwerbung des Eigenthums §. 237. S. 636 f.

Erwerbungen aus dem Jus civile §. 238 — 240. S. 637 — 675.
Erwerbung vom Staat (emtio sub corona, sectio, Aſſignation ꝛc.); in iure cessio; mancipatio (res mancipi); adiudicatio; hereditas; lex.
Usucapio. Bedeutung, Erforderniſſe: Zeit des Beſitzes (Unterbrechung), Titel (usureceptiones), bona fides, uſucapionsunfähige Sachen.
Longi temporis praescriptio. Erſitzung des ſpäteren Rechts. Außerordentliche Erſitzung.

Erwerbungen aus dem Jus Gentium §. 241. 242. S. 675 — 704.
Tradition (vom ſ. g. transitus legalis): iusta causa, Fähigkeit (Veräußerungsverbote, Wirkung vertragsmäßiger); iactus missilium, Fruchterwerb durch Perception. Occupation: herrenloſe Sachen durch Dereliction (Cultur verlaſſenen Landes), Sachen der Feinde (Poſtliminium), wilde Thiere, Schätze.
Eigenthumserwerb durch Verbindung mehrerer Sachen (Confuſio, Specification, Acceſſion, Fruchterwerb des b. f. possessor ꝛc.).

Beſchränkung des Eigenthums durch Jura in re §. 243. S. 704—711.
Conſervativer Charakter der iura in re, Natur und Anzahl derſelben.

Fünftes Kapitel: Von der Superficies und Emphyteuſe.

Superficies §. 244. S. 712 — 715.

Ager vectigalis und Emphyteuſis §. 245. S. 716 — 726.
Urſprung des Rechts am ager vectigalis. Uebergang in die Emphyteuſis. Juriſtiſcher und wirthſchaftlicher Charakter des emphyteutiſchen Vertrags mit ihren Conſequenzen.

Sechſtes Kapitel: Von dem Pfandrecht.

Allgemeine Natur des Pfandrechts §. 246. S. 727—731.
Allgemeiner Inhalt des Pfandrechts, beſonderer (Vergleichung mit dem ſonſtigen Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners). Formen der Verpfändung.

Die Fiducia §. 247. S. 732—736.
Erläuterung des Geſchäfts, Wirkung (lex commissoria).

Das einfache Pignus §. 248. S. 736—740.
Pignoriscapio; pignus praetorium; vertragsmäßiges pignus. Beſchränkte Wirkung vor der Entſtehung der Hypotheken.

Die Hypothek §. 249—251. S. 740—774.
Unterſchied von Fiducia und Pignus. Jus in re. Reform des Pfandrechts durch Einführung der Hypotheken: Gegenſtände, Entſtehung (geſetzliche Hypotheken), Mehrheit von Pfandrechten an derſelben Sache, (Alter, Privilegium, Pignus publicum).
Klagen aus dem Pfandrecht (Geſchichte): interdictum salvianum, actio serviana, quasi serviana. Aufhebung des Pfandrechts, inſonderheit: Tilgung der Forderung, Confuſion, Verkauf (Jus Dominii impetrandi).

Siebentes Kapitel: Von den Servituten.

Allgemeine Natur der Servituten §. 252. S. 775—785.
Erklärung des Namens. Inhalt: poſitive, negative Servituten (keine Servitut in faciendo); Beſtimmung für ein gewiſſes Subject: Perſonal-, Realſervituten. Begriffe von usus und fructus. Untheilbarkeit; Unveräußerlichkeit.

Servitutes praediorum §. 253. 254. S. 785—798.
Oberſte Grundſätze: 1) Servituten für Grundſtücke (Maß der Benutzung; servitutes praediorum rusticorum, urbanorum), einzelne Servituten; 2) an Grundſtücken; 3) Vicinität.

Servitutes personarum §. 255. S. 798—807.
Usus, ususfructus (Inhalt); quasi ususfructus. Habitatio und operae.

Die Klagen aus den Servituten und ihre Begründung §. 256. S. 807—819.
Confeſſoria actio, Beweis: Entſtehung der Servituten, iure civili und tuitione praetoris (Uſucapion, lex scribonia); juſtinianiſches Recht.

Aufhebung der Servituten §. 257. S. 819—828.
Aufhebung aus der Natur der dinglichen Rechte (Untergang der Sache), der iura in re (Confuſion), der Servituten (Untergang des Subjects), Aufgeben, non usus.

Drittes Buch.

Geſchichte des römiſchen Civilproceſſes.

Bayerische Staats-Bibliothek München

Einleitung.

CXLIX. In dem zweiten Buch iſt die geſchichtliche Entwickelung des römiſchen Rechts in ſeiner Geſammtheit dargeſtellt worden. Ein beſonderer Theil dieſes Rechts, das Privatrecht, wird der Gegenſtand des vierten Buchs ſeyn; es iſt der Rechstheil, durch den das römiſche Volk auf das Recht aller kommenden Zeiten gewirkt hat. Zu ihm ſoll uns ein Zweig des öffentlichen Rechts, welcher im engſten Zuſammenhang mit ihm ſteht, die Ordnung des Civilproceſſes, den Uebergang bereiten. In der Innigkeit dieſes Zuſammenhangs liegt der innere Grund, warum der Civilproceß nicht mit den übrigen öffentlichen Zuſtänden und ihren Beziehungen auf das Privatrecht im vorigen Buch abgehandelt worden iſt, ſondern dieſe beſondere Stelle erhält.

Das Proceßrecht (Bd. I §. 25 S. 69 ff.) hat einen doppelten Inhalt: 1) die Beſtimmung der bey dem gerichtlichen Verfahren thätigen Perſonen und ihrer Verhältniſſe als ſolcher: die Gerichtsverfaſſung; 2) die Beſtimmung des Verfahrens ſelbſt.

Der Zweck dieſes Verfahrens iſt, das Recht zu ſchützen, das Unrecht aufzuheben. Das Unrecht aber, welches die Veranlaſſung eines Civilverfahrens wird, iſt eine Verletzung von Rechten, die beſtritten werden können, der Civilproceß ſelbſt hat die Geſtalt eines Streits um Rechte, herbeigeführt durch

eine behauptete Verletzung derſelben; das letzte Ziel iſt die Entfernung der factiſchen Zuſtände, die dem Recht nicht entſprechen, die Herſtellung derer, die mit ihm in Einklang ſind. Dieſem letzten Act aber muß die Feſtſetzung deſſen, was dem Recht in dieſem Falle gemäß iſt, vorhergehen. Daraus ergeben ſich die zwey Hauptbeſtandtheile des gerichtlichen Civilverfahrens: 1) die Entſcheidung des Rechtsſtreits durch das richterliche Urtheil, die Feſtſetzung und Anerkennung der beſtrittenen Anſprüche; 2) die Execution oder Vollſtreckung dieſer Entſcheidung, alſo die wirkliche Aufhebung des Unrechts, der Trennung von Factum und Recht.

Die Entſcheidung aber beruht auf einer Anwendung der Rechtsvorſchriften auf den vorliegenden Fall. Sie ſetzt eine Unterſuchung voraus, bey der es auf zwey Punkte ankommt: das Recht und die Thatſachen, aus denen der Fall beſteht. Die Kenntniß beider muß der Entſcheidende beſitzen. Die Erkenntniß des Rechts iſt von der Ordnung des Verfahrens unabhängig, auf die der Thatſachen aber bezieht ſich der Theil des Verfahrens, welcher das Beweisverfahren heißt.

Vor der Unterſuchung ſelbſt iſt ihr Gegenſtand feſtzuſtellen, es iſt zu ermitteln, welche Anſprüche die Parteien gegen einander erheben und beſtreiten, und der richterlichen Unterſuchung und Entſcheidung unterſtellen. Dieß iſt die Aufgabe von Verhandlungen, mit denen der Proceß ſich eröffnet, und die darum das erſte Verfahren genannt werden.

Mit dieſen Momenten: Gerichtsverfaſſung und Verfahren in ſeinen vier Perioden, erſtes Verfahren, Beweisverfahren, Urtheil, Execution — iſt die Ueberſicht über das gegeben, wovon im Folgenden gehandelt werden ſoll.

Gleich hier nenne ich zwey Werke, welche für dieſe Lehre theils im allgemeinen, theils in einzelnen Punkten zu benutzen ſind. Das eine und das wichtigſte, von Bethmann-Hollweg, macht für die Darſtellung des Proceſſes der ſpäteren Zeit Epoche; man darf ſagen, daß eine in ſich zuſammenhängende

und lebendige Kenntniß deſſelben erſt durch dieſes Werk vermittelt worden iſt, aber auch für das ältere Verfahren gewährt es vielfach neue Aufſchlüſſe [a]). Das andere iſt zwar weder in der Behandlung noch in den Reſultaten mit jenem zu vergleichen, aber es iſt eine Materialienſammlung, welcher der ausdauernde Fleiß des begabten Verfaſſers einen nicht geringen Werth verleiht [b]).

---

a) Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproceſſes, 1 Band 1834 (zugleich unter dem Titel: Gerichtsverfaſſung und Proceß des ſinkenden römiſchen Reichs, ein Beitrag zur Geſchichte des R. R. bis auf Juſtinian). Das Buch iſt zugleich durch das in der Darſtellung beobachtete Maß und das ſtete Feſthalten des vorgeſetzten Ziels ein Muſter wiſſenſchaftlicher Behandlung des von dem Verfaſſer in bedeutendem Umfang gewonnenen Stoffs.

b) Zimmern Geſchichte des röm. Privatrechts bis auf Juſtinian, 3 Band 1829 (der röm. Civilproceß in geſch. Entwickelung bis auf Juſtinian).

Erſtes Kapitel.

Geſchichte des Civilproceſſes in den drey erſten Perioden.

Grundlagen des römiſchen Gerichtswesens.

CL. Die Rechtspflege war bey den Römern nicht gewiſſen Behörden als ausſchließliche Function übertragen. Es gab Magiſtrate, deren vornehmſter Beruf ſie war, aber keinen, der bloß dieſen Beruf gehabt hätte. Bey den Magiſtraten mit Jurisdiction war dieſe alſo nur ein Theil ihrer geſammten obrigkeitlichen Gewalt. So hatte der König die Rechtspflege gehabt, aber mit der geſammten übrigen Regierung, dieſelbe Stellung hatten die Conſuln, und als endlich beſondere Prätoren für die Jurisdiction gewählt wurden, ſo hatten dieſe doch auch andere Verwaltungsgeſchäfte, ja wenn die Conſuln entfernt waren, die ganze innere Adminiſtration. Die Jurisdiction wurde nicht als ein abgeſonderter, von den ſonſtigen öffentlichen Geſchäften entfernt zu haltender Beruf gedacht.

Dieſe Einrichtung hätte in zwey Rückſichten ein Uebelſtand ſeyn können.

Einmal war die Ausübung der Jurisdiction für einen Magiſtrat, der überdieß mit andern Staatsgeſchäften belaſtet war, unausführbar, wenn er alle richterlichen Functionen hätte verſehen ſollen. Für alle römiſchen Bürger beſtand anfangs Ein Magiſtrat, vor dem ihre Rechtsſtreitigkeiten anzu-

bringen waren; uns ſcheint es ein natürlicher Ausweg, den Staat in mehrere Diſtricte einzutheilen, jeden mit ſeinem beſonderen Gerichtsvorſtand, oder dem oberſten Magiſtrat ſubordinirte Behörden beizugeben, durch die er die Jurisdiction geübt hätte, beides aber war der alten Verfaſſung fremd. Als ſpäter mit der Ausdehnung des Reichs beſondere Magiſtrate in den italiſchen Städten und in den Provinzen entſtanden, war doch der Jurisdictionskreis des römiſchen Prätors und eines großen Theils jener andern Behörden ſo beträchtlich, daß ſie unmöglich alle Proceſſe, die vor ſie gebracht wurden, ſelbſt hätten unterſuchen und entſcheiden können.

Noch wichtiger aber war die Gefahr für die gerechte Verwaltung der Juſtiz, wenn ſie unbedingt in die Hände eines ſolchen Magiſtrats gelegt worden wäre. Ueberall wo der Richter mit anderen Functionen als den richterlichen verſehen iſt, wird zu beſorgen ſeyn, daß er das ſelbſtſtändigere, eigenmächtigere Verfahren, das in Adminiſtrativſachen unvermeidlich iſt, auch bey Rechtsſachen anwende. Dieſes Bedenken war nirgends wichtiger als bey den römiſchen Magiſtraten, die eine ſo hohe Stellung, eine ſo bedeutende Gewalt hatten, daß jeder in ſeiner Sphäre wie ein Monarch erſchien. Ungeachtet der Beſchränkungen, die in der eigenthümlichen Geſtaltung ihrer amtlichen Macht lagen (Bd. I §. 79), mußte es als ein dringendes Bedürfniß erſcheinen, ihnen nicht das ganze Geſchäft des Rechtſprechens zu überlaſſen.

Wir finden nun, daß beiden Uebelſtänden auf die einfachſte Art durch ein und daſſelbe Mittel abgeholfen wurde. Dieſes Mittel iſt zugleich das Fundament des alten Proceſſes.

Den Magiſtraten kam nicht die Unterſuchung des Falls und Entſcheidung des Rechtsſtreits ſelbſt zu. Ihre Thätigkeit war vielmehr nur eine vorbereitende, ſie hatte die Feſtſtellung der ſtreitigen Punkte, deſſen was der Kläger forderte und der Beklagte beſtritt oder verweigerte, die proceſſualiſche Geſtaltung der beiderſeitigen Anträge, und unter Umſtänden die Beſtel-

lung des Gerichts zum Zweck. Mit dieſer Vorbereitung hörte die Thätigkeit des Magiſtrats auf, die Unterſuchung und Entſcheidung durch Sentenz, alſo die weſentlichſten richterlichen Functionen, waren die Sache des Juder, des eigentlichen Richters (eines oder mehrerer), ſey es daß er von dem Magiſtrat beſtellt wurde, oder die Sache an ein ſtändiges Gericht kam. Dadurch war erſtens der Ueberbürdung der Magiſtrate vorgebeugt, da gerade die zeitraubenden richterlichen Geſchäfte ſie nicht trafen, zweitens dem Gewaltmißbrauch, da die weſentlichen Functionen in andere Hände gegeben waren.

In dieſer Theilung der richterlichen Functionen zwiſchen magistratus und iudex beſteht der ordo iudiciorum privatorum, die regelmäßige Ordnung des Verfahrens, die ihrer Grundlage nach ohne Zweifel ſchon in älteſter Zeit beſtanden hat, in der Folge durch freie Berufung von Richtern neben ſtändigen Gerichten vervollkommnet wurde, und bis an das Ende der dritten Periode fortdauerte[a]). Dieſes ordentliche Verfahren zerfällt in zwey Theile: 1) das Verfahren in iure, vor dem Magiſtrat, wodurch das Proceßverhältniß zwiſchen den Parteien begründet wird, und ſeine Form erhält, 2) das Verfahren in iudicio, vor dem Richter, worin alles andere, was zur Erledigung des Rechtsſtreites gehört, geſchieht, und das ſich mit der richterlichen Entſcheidung, der sententia iudicis, ſchließt.

---

a) Daß dieſe Ordnung erſt von Servius, dem angenommenen Vater aller der Freiheit günſtigen Einrichtungen, eingeführt worden ſey, iſt aus Dionys. IV. 25 nicht zu entnehmen (vgl. Bd. I §. 49), der überdieß ähnlich wie von der Jurisdiction der früheren Könige, auch von derjenigen der Conſuln ſpricht (X. 1). Eben ſo verliert die Darſtellung der königlichen Gewalt als einer unbeſchränkten bey Tac. ann. III. 26. Vellei. II. 6 ihre Wirkung für die vorliegende Frage durch die gleiche der conſulariſchen Liv. III. 9. Endlich ſteht auch Cicero's Schilderung de republ. V. 2 der Annahme zwar von richterlichen Privatperſonen, nicht aber überhaupt von Richtern gegenüber dem König als ius dicens entgegen.

Neben dieſem entſtand ein Verfahren extra ordinem, extraordinaria cognitio. In gewiſſen Fällen lag dem Magiſtrat eine Unterſuchung ob, eine cognitio, und eine Entſcheidung durch decretum, ſo daß die Sache, ohne an einen Judex zu kommen, erledigt ward. Nicht immer war es bey dieſem Verfahren auf die gänzliche Entſcheidung eines Rechtsſtreits, alſo auf eine definitive Herausnahme einer Rechtsſache aus dem ordo judiciorum privatorum abgeſehen, oft waren es nur proviſoriſche und die weitere Verhandlung auf dem ordentlichen Weg vorbereitende oder wenigſtens zulaſſende Punkte, die dadurch erledigt wurden. Wir dürfen annehmen, daß das außerordentliche Verfahren in der zweiten Periode nur ſehr beſchränkt und allein da zugelaſſen war, wo das Eingreifen der mehr discretionären Gewalt des Magiſtrats als wirkliches Bedürfniß und als unbedenklich erſchien. In der dritten Periode wurden die Fälle, wo es eintrat, ſehr vermehrt; dieß hängt mit dem allmählichen Verſchwinden der Garantien für die bürgerliche Freiheit zuſammen, die ſich noch am längſten im Privatrecht erhalten hat, ſo daß in der dritten Periode der ordo iudiciorum privatorum doch immer die wenn auch ſchon mehrfach durchbrochene Regel blieb. Wir werden ſehen, daß in der vierten Periode die extraordinaria cognitio das alte ordentliche Verfahren ganz verdrängt hat.

Gerichtsverfaſſung:

A. Die Magiſtrate.

CLI. Magiſtrate mit Jurisdiction waren in Rom anfangs die Könige (Bd. I §. 41), dann die Conſuln, eine Zeitlang vielleicht die Cenſoren (§. 56), hierauf der Prätor urbanus (§. 56), neben dieſem ſpäter der Prätor Peregrinus (§. 83), und die curuliſchen Aedilen (§. 57), in der dritten Periode auch Prätoren für beſondere Rechtsſachen (§. 88), und vor allem der Princeps ſelbſt, und die neuen Magiſtrate, die er mit ſeiner Gerichtsbarkeit beauftragte (§. 88. 111); in den

italiſchen Städten die Duumvirn und die Präfecten (§. 65. 91. 92. 94), über dieſen in der dritten Periode die Conſulares und Juridici (§. 92); in den Provinzen die Regenten derſelben nebſt den Provincialquäſtoren (§. 67. 68. 93) und Procuratoren (§. 93).

Der geſammte Umfang eines mit der Civilrechtspflege verſehenen Magiſtrats heißt officium ius dicentis[a]). Auch der Ausdruck iurisdictio wird in einem allgemeinen Sinn dafür gebraucht, aber ſelbſt in dieſem weiten Sinn geht das Wort nicht über die Civilrechtspflege hinaus; erſt ſpäter kommt iurisdictio in der noch weiteren Bedeutung, worin es auch die Criminaljurisdiction umfaßt, techniſch vor[b]). Das officium ius dicentis enthält folgende Beſtandtheile:

1) Iurisdictio im engern Sinn, die Befugniß zu dem eigentlichen ius dicere, d. h. zu dem, was der Magiſtrat im ordentlichen Verfahren zu thun hatte. Das Verfahren in iure beſtand nach dem älteſten Recht in gewiſſen ſolennen Worten und Handlungen, die theils von dem Magiſtrat, theils von den Parteien auszuſprechen und vorzunehmen waren (§. 161). Dieſe Thätigkeit heißt von Seiten der Parteien lege agere, von Seiten des Magiſtrats ius dicere. Man faßte ſpäter die Sprüche des Magiſtrats unter drey Claſſen, die durch die Worte: do, dico, addico bezeichnet werden[c]). In dem durch

---

a) Ulpian. L. 1 D. de iurisd. (2, 1): Ius dicentis officium latissimum est, nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.

b) Man hat dieſe weiteſte Bedeutung bey Papinian L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21) finden wollen, aber dieſer Juriſt ſagt nur, die Magiſtrate irrten, welche, indem ſie ihre Jurisdiction mandiren (oder weil die Jurisdictio mandirt werden könne), damit auch die ihnen übertragene Criminalgewalt mandiren zu können glauben; er gebraucht alſo das Wort in dem noch damals allein techniſchen Sinn.

c) Varro de L. L. VI. 30 (Müll.): — nefasti, per quos dies nefas fari praetorem: do, dico, addico, itaque non potest agi, necesse

die Lex Aebutia eingeführten Verfahren (§. 163) geſchah das ius dicere durch einen von dem Magiſtrat abgefaßten Schriftſatz (formula): ius dicebatur conceptis verbis. Jenes ältere ius dicere konnte auch ohne daß es ſich auf einen Rechtsſtreit bezog, es konnte bey einem Rechtsgeſchäft vorkommen, welches vor dem Magiſtrat in der Form der Legis Actio errichtet wurde, ſo bey der Uebertragung eines Rechts durch in iure cessio, bey der Manumiſſion; hier wird die Thätigkeit des Magiſtrats durch den übereinſtimmenden Willen der Parteien beſtimmt, die iurisdictio heißt daher voluntaria[d]). Wir ſprechen aber hier zunächſt von dem ius dicere, welches die Entſcheidung eines Rechtsſtreits zum Ziel hat, von der contentiosa iurisdictio, und in dieſer liegt auch die Beſtellung des Richters, iudicis datio, wo die Sache nicht der Cognition eines ſtändigen Gerichts anheimfällt[e]).

Dieſe Jurisdictio im eigentlichen Sinn iſt das weſentliche Stück des officium ius dicentis, alle Magiſtrate mit Rechtspflege haben ſie. Nur in Beziehung auf die legis actio iſt ſpäterhin eine Ausnahme gemacht worden, indem vielen Magiſtraten dieſe Proceßform ſowohl in ihrer Anwendung auf Rechtsgeſchäfte, als auf Rechtsſtreitigkeiten entzogen wurde (Bd. I §. 92).

2) Imperium (vgl. Bd. I §. 79). Die römiſchen Juriſten

---

enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur. Ovid. fast. I. 47. 48: ille nefastus (dies) erit, per quem tria verba silentur, Fastus erit, per quem lege licebit agi. Macrob. Saturn. I. 16: fasti sunt quibus licet fari praetori tria verba solemnia: do, dico, addico.

d) L. 2 D. de off. procons. (1, 16). Auch hier iſt iurisdictio die Thätigkeit des Magiſtrats, legis actio die der Parteien; von den Ausdrücken magistratus, apud quem legis actio est (L. 3. eod. L. 4 D. de adopt. 1, 7) und habet legis actionem (Paul. II. 25, 4) iſt der erſte eine unmittelbare Anwendung jenes richtigen Sprachgebrauchs, der zweite ein mittelbar darauf zurückzuführender Abuſus. *e*) Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia L. 3 D. iurisd. (2, 1).

theilen das Imperium in merum und mixtum[f]). Merum heißt das Imperium, welches in keinem Zuſammenhang mit der Jurisdictio ſteht, und das ſich daher auf das officium ius dicentis nicht bezieht, wie die Criminalgerichtsbarkeit, wenn ſie einem Magiſtrat zuſteht[g]), mixtum, welches ſich auf die Zwecke der Civilrechtspflege bezieht, alſo bey den Magiſtraten, die es beſitzen, mit der Jurisdictio zuſammenhängt[h]). Inſofern imperium die Gewalt eines höheren Magiſtrats überhaupt bezeichnet, kann die Jurisdictio auch ein Beſtandtheil dieſes Imperiums genannt werden[i]). In dem officium ius dicentis liegen nun Functionen, welche nicht unter die Jurisdictio im eigentlichen Sinn fallen, und die doch iure magistratus, nicht vermöge beſonderer Verleihung (ſ. nachher unter 3) zuſtehen. Von dieſen ſagen die römiſchen Juriſten: imperii magis sunt, quam iurisdictionis. Die einzelnen Verfügungen, die als Beiſpiele davon in den Quellen vorkommen (Auflegung einer prätoriſchen Caution, missio in possessionem, in integrum restitutio) ſind nicht willkührlich dahin geſtellt, es liegt ihnen eine Regel zu Grunde, welche ſich in ihrem Gegenſatz zur eigentlichen Jurisdictio ausſpricht, und als gemeinſames Merkmal aller einzelnen dahin gerechneten Fälle erſcheint. Das Imperium nämlich, welches der eigentlichen Jurisdictio gegenüberſteht, enthält die Befugniß zu dem Verfahren extra ordinem durch magiſtratiſche Cognition und Decretum, dieſes Verfah-

---

f) Ulpian. L. 3. 4 D. de iurisd. (2, 1). Dieſe Stellen ſind, wie wir ſie in der juſtinianiſchen Compilation leſen, vielfach interpolirt, indeſſen läßt ſich doch aus ihnen und andern, worin dieſe Begriffe vorausgeſetzt werden, das im Text Folgende mit Sicherheit entnehmen, vgl. Puchta in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. X. 2 S. 200 ff.

g) L. 3 cit.: — merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.

h) Imperium quod iurisdictioni cohaeret L. 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21).

i) L. 3 cit.: — mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest.

ren iſt es, welches den zweiten Beſtandtheil des officium ius dicentis bildet, und von dem die angeführten Verfügungen nur einzelne Beiſpiele ſind.

Dieſe Functionen des Imperiums ſind kein weſentlicher Beſtandtheil des officium ius dicentis; es giebt Magiſtrate (die magistratus minores), denen das Imperium, und damit alſo die Befugniß zu der extraordinaria cognitio fehlt, wenn ſie dieſelbe nicht in gewiſſen Fällen durch ein Ausnahmsgeſetz oder durch Auftrag eines höheren Magiſtrats erhalten haben, ſo die römiſchen Aedilen und die Municipalmagiſtrate (Bd. I §. 92).

3) Es können in dem officium ius dicentis Functionen enthalten ſeyn, quae neque iurisdictionis neque imperii sunt. Dieß ſind ſolche, die an ſich gar nicht in der magiſtratiſchen Gewalt liegen (non iure magistratus competunt), ſondern dem Magiſtrat durch ein beſonderes Geſetz zugetheilt ſind (specialiter lege vel senatusconsulto vel constitutione principum tribuuntur). Dahin gehört die Beſtellung eines Tutors[k]), die Geſtattung eines Alimentenvergleichs[l]), die Erlaubniß zur Veräußerung von Grundſtücken durch die Vormünder[m]). Bey dieſen iſt es nicht bloß nicht weſentlich, ſondern rein zufällig, daß ſie einen Beſtandtheil des officium ius dicentis ausmachen.

Die Unterſcheidung dieſer drey verſchiedenen Beſtandtheile hat ein doppeltes Intereſſe, einmal dadurch, daß die Jurisdictionsbefugniß eines Magiſtrats beſchränkt ſeyn kann, ſodann in Beziehung auf die Möglichkeit einer Delegation.

Beſchränkt kann die Jurisdiction ſeyn 1) auf gewiſſe Gat-

---

k) L. 6 §. 2 D. de tutel. (26, 1): tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps. Vgl. auch L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21). *l*) L. 8 pr. §. 18 D. de transact. (2, 15). *m*) L. 2 D. de off. eius cui mand. (1, 21).

tungen von Rechtsſachen, eine ſolche war die der Aedilen über den Markthandel, ferner die der praetores fideicommissarii, liberalium causarum u. ſ. f. (Bd. I §. 88); 2) auf eine gewiſſe Summe, welche der Werth des Streitgegenſtandes nicht überſchreiten darf, dieß kommt bey den Municipalmagiſtraten vor (Bd. I §. 90. 92); 3) auf die eigentliche Jurisdictio, ſo daß die aus dem Imperium fließenden Functionen wegfallen. Dieſes nun iſt die Beſchränkung, für welche jene Claſſification wichtig iſt.

Der Magiſtrat ſodann, welcher Jurisdiction kraft ſeines Amtes hat, kann dieſe im Ganzen oder theilweiſe einem Andern auftragen, mandare iurisdictionem [n]). Der Auftrag kann einer Privatperſon geſchehen, ebenſo einem Magiſtrat, deſſen ſonſtige Eigenſchaft als ſolchen dabey gar nicht zur Sprache kommt, da er bey der Vertretung des Auftragenden durchaus ſo beurtheilt wird, wie wenn er als Privatus, alſo ohne eine eigene Gewalt zu beſitzen, den Auftrag erhalten hätte [o]). Regelmäßig kam dieſes Mandatum vor bey den Provincialregenten, welche ohne dieſe Möglichkeit ihrem mannigfaltigen Beruf nicht hätten genügen können (Bd. I §. 93), und bey dem Prätor hinſichtlich gewiſſer Ausflüſſe des Imperiums an die Municipalmagiſtrate zur Erleichterung der Parteien [p]). Das Mandat verliert, wie ein anderes, ſeine Wirk-

---

n) Dig. I. 21: de officio eius cui mandata est iurisdictio. L. 17 D. de iurisd. (2, 1). Damit darf die Beſtellung eines Judex nicht verwechſelt werden, der Judex hat überall keine Jurisdictio, weder propria noch mandata, das officium iudicis iſt eine von jener total verſchiedene Richtergewalt. Bethmann-Hollweg Handb. I S. 47 f.

o) L. 3. de off. eius cui mand.: non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandato ius dicit, quotiens partibus eius fungitur. Die Wirkſamkeit des Auftrags hängt auch in Anfang und Ende von der Amtsgewalt des Auftragenden ab L. 4 §. 6 D. de off. procons. (1, 16).

p) L. 1 D. de damno inf. (39, 2): cum res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac

ſamkeit durch Widerruf und Tod des Auftragenden[q]); der Beauftragte kann nicht weiter mandiren[r]). In der dritten Periode wurde, indem unter dem Principat die ſelbſtſtändige Amtsgewalt der Magiſtrate ſich minderte, die Ausübung der Befugniß zu mandiren, ſchon mehrfach beſchränkt[s]). Für die Möglichkeit des Mandats in Beziehung auf ſeinen Gegenſtand iſt wiederum die obige Claſſification von Bedeutung. Mandirt kann werden, was iure magistratus zuſteht, alſo die eigentliche Jurisdictio und das Imperium mixtum, nicht dagegen die Functionen welche weder zu der einen, noch zu dem andern gehören, alſo namentlich auch nicht das Imperium merum[t]). Daß dem Legaten des Proconſuls, der nur eine mandata iurisdictio hat, dennoch die tutoris datio (Note k) durch eine Conſtitution des Marcus gegeben iſt[u]), darf nicht irre machen; man hatte angefangen, die Legati als eine Art von Magiſtraten unter dem Proconſul zu betrachten[v]), ſo daß gegen die Regel bey der mandata iurisdictio eine Appellation von dem Legaten an den Proconſul zugelaſſen wurde[w]).

CLII. Wenn eine Behörde Gerichtsbarkeit hat, d. h. die Befugniß zur Rechtspflege überhaupt und für die Gattung

---

causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit. Dieſe Bemerkung bezieht ſich darauf, daß dieſes Auftrags in dem prätoriſchen Edict ſelbſt (wenigſtens ſeit Hadrian) gedacht war, L. 4 §. 3. 7—10 L. 7 pr. D. eod.

q) L. 6 D. de iurisd. (2, 1) L. 6 §. 1 D. de off. procons. (1, 16).

r) L. 5 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21). L. 5 D. de iurisd. (2, 1). *s*) Vgl. Bd. I. §. 93 Note o.

t) L. 1. 5 §. 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21). L. 6 pr. 11 D. de off. procons. (1, 16) und die Stellen in Not. l. m.

u) L. 1 §. 1. de tut. et cur. dat. (26, 5). L. 15 D. de off. procons. (1, 16).

v) Daraus erklärt ſich, daß Pomponius es nöthig findet, nachdrücklich hervorzuheben, ſie hätten in Wahrheit nihil proprium, ihre Jurisdictio ſetze ein Mandatum des Proconſuls voraus L. 13 D. de off. procons. (1, 16). *w*) L. 1 §. 1 L. 2 D. quis a quo app. (49, 3).

von Rechtsſachen inſonderheit (ſowohl in Hinſicht auf das Rechtsverhältniß ſelbſt, als auf die Perſonen, unter denen es beſteht), unter die der vorliegende Fall gehört, ſo iſt damit ihr Beruf, in dieſem individuellen Fall ihre Jurisdiction auszuüben, noch keineswegs entſchieden. Dieſer Beruf zur Ausübung der zuſtändigen Gerichtsbarkeit (die alſo ſtets vorausgeſetzt wird) in einem individuellen Falle heißt Competenz[a]). Iſt einer Behörde die Rechtspflege in Rechtsſachen gewiſſer Art entzogen, ſo kann ihre Ausſchließung von ihnen Entziehung der Gerichtsbarkeit oder der Competenz ſeyn. Dieſe Unterſcheidung iſt von Wichtigkeit, weil der Mangel der Compepetenz durch Zuſtimmung der Parteien gehoben werden kann, nicht der Mangel der Gerichtsbarkeit[b]). So war die Beſchränkung der Municipalmagiſtrate auf eine gewiſſe Summe eine bloße Entziehung der Competenz[c]), nicht ſo die auf dem Mangel des Imperiums beruhende Unfähigkeit zur extraordinaria cognitio, die Möglichkeit dieſes Verfahrens kann ihnen daher nicht durch den Willen der Parteien, ſondern nur durch ein Mandat des höheren Magiſtrats gegeben werden. Der Procurator Cäſaris hatte nur für fiscaliſche Sachen eine Rechtspflege, aber auch dieſe Beſtimmung bezog ſich nur auf die Competenz[d]). Daſſelbe Verhältniß beſtand zwiſchen den verſchiedenen Prätoren, welchen verſchiedene Zweige der Juſtiz zugewieſen waren, dem urbanus, peregrinus u. ſ. f.

Mit der Ausdehnung des römiſchen Reichs kam es dahin, daß mehrere Behörden neben einander für dieſelben Rechtsſachen beſtanden, neben den römiſchen Prätoren die Municipal-

---

a) Vgl. zu dem Folgenden Bethmann-Hollweg Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproceſſes (1827). Erſte Abhandl.

b) L. 1. 2 pr. §. 1 D. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat (5, 1). L. 15 D. de iurisd. (2, 1). L. 3 C. de iurisd. omn. iudicum et de foro competenti (3, 13).

c) L. 28. D. ad munic. (50, 1).

d) L. 1 C. de iurisdict. (3, 13).

magiſtrate, und die Vorſteher der Provinzen. Die letzteren beiden hatten von Anfang eine auf einen Diſtrict beſchränkte Jurisdiction, der Gerichtsbezirk jener war das Gebiet der Stadt, dieſer das Territorium der Provinz. Die römiſchen Prätoren waren Behörden für den ganzen Staat, ſo lange die Stadt Rom dieſen darſtellte; in der dritten Periode begann ſie von dieſer Stellung zu der eines beſonderen Beſtandtheils des Staats herabzuſteigen, hier erſchien nun die Jurisdiction der Prätoren ebenfalls als eine auf einen Diſtrict beſchränkte, auf die Stadt und das ihr zugetheilte Gebiet, urbica dioecesis [e]); doch blieb daneben noch immer der Grundſatz in Wirkſamkeit, daß ſie für alle römiſchen Bürger beſtehe. Die Competenz wird nun dadurch begründet, daß die Perſon, deren Rechtsverhältniſſe durch die gerichtliche Entſcheidung zu beſtimmen ſind, der Jurisdiction der Behörde unterworfen, mit andern Worten: daß dieſe Gerichtsbehörde das forum dieſer Perſon iſt, dieſe Unterwerfung aber iſt die Folge eines Verhältniſſes der Perſon zu dem Diſtrict, über welchen ſich die Jurisdiction erſtreckt. Das allgemeinſte Verhältniß, welches dieſe Folge hat, iſt das Domicilium, wodurch Jemand incola wird. Der Grundſatz, daß das Domicilium (der örtliche Mittelpunkt der juriſtiſchen Wirkſamkeit einer Perſon) der Jurisdiction unterwirft, das Forum begründet, findet für alle jene Bezirksjurisdictionen, für Rom, die Städte und die Provinzen Anwendung. Neben dem Domicilium giebt es noch eine zweite Beziehung zu dem Bezirk, welche aber vorausſetzt, daß dem Territorium eine Perſonenverbindung, eine Corporation, entſpricht, die darauf ruht. Es iſt die Eigenſchaft eines Mitglieds dieſer Genoſſenſchaft, eines civis, welche der Jurisdiction unterwirft. Dieſer Grund der Competenz fällt weg bey der Jurisdiction der Provincialregenten, weil die Provinzen nicht Corporationen ſind, es alſo keine „Bürger der Pro=

e) Vat. fragm. 205. 232.

vinz'' giebt[f]), er tritt neben dem Domicilium ein für die Municipien und für Rom[g]). Daran daß alle cives romani als Bürger von Rom gelten (Roma communis patria), knüpft ſich jene allgemeinere Jurisdiction der römiſchen Prätoren, die ſich über ihren unmittelbaren Diſtrict hinaus erſtreckt. Civis aber eines Municipiums (wie von Rom) iſt jemand durch ſeine Abſtammung, und was dieſer gleichgeſtellt iſt[h]), daher wird die origo als Grund dieſes Forums genannt.

Die Parteien, zwiſchen denen ein Rechtsſtreit ſich erhebt, können verſchiedene Fora haben: an weſſen Forum iſt hier die Sache anzubringen? Oben iſt die Competenz ſo beſtimmt worden: die Perſon, deren Rechtsverhältniſſe durch richterliches Urtheil feſtgeſetzt werden ſollen, muß der Jurisdiction des Magiſtrats unterworfen ſeyn. Dieß kann allerdings von beiden Parteien geſagt werden, vorzugsweiſe und der Faſſung der Sentenz nach gilt es indeſſen nur von dem Beklagten, der in derſelben condemnirt oder abſolvirt wird. So iſt die Regel entſtanden, daß das Forum des Beklagten entſcheidet, actor rei forum sequi debet[i]). Um aber die Competenz einer Behörde wirkſam zu machen, mußte noch eine thatſächliche Vorausſetzung hinzukommen, nämlich daß der Beklagte ſich an dem Ort des Forums entweder treffen ließ, oder Güter in dem

---

f) L. 3 D. de off. praes. (1, 18): praeses in suae provinciae homines tantum imperium habet —. L. 190 D. de V. S. (50, 16): provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt.

g) L. 29 D. ad munic. (50, 1): incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est, nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus muneribus publicis fungi debet.

h) Adoption, Manumiſſion, Aufnahme als Bürger L. 7 C. de incolis (10, 39). *i*) Vat. fragm. 325. 326. L. 2 C. de iurisdict. (3, 13) Reſcripte von Diocletian. Die Regel iſt dann auch auf die Proceſſe ausgedehnt worden, in welchen keine eigentliche Condemnation erfolgt Dioclet. L. 3. 4 C. ubi causa status agi debeat (3, 22).

Jurisdictionsbezirke beſaß, weil nur in einem dieſer Fälle eine Einleitung des Verfahrens gegen ihn möglich war (§. 160). Ja der Aufenthalt an dem Ort des Forums ſollte ſogar zuweilen als nicht beſtehend angeſehen werden. Wenn jemand in Angelegenheiten ſeines Municipiums (als legatus) in Rom anweſend iſt, ſo ſoll er bey dem Prätor (in ſeiner Eigenſchaft als civis romanus) nur wegen ſolcher Verbindlichkeiten belangt werden können, die er für die Zeit ſeiner Legation übernommen hat[k]), für andere Fälle hat er das ius revocandi domum, wenn er verſpricht, in ſeiner Heimath an einem beſtimmten Tag ſich zu ſtellen[l]).

Das Forum der Origo und das des Domiciliums ſind aber nicht die einzigen. Vor allem kann durch Uebereinkunft beider Parteien, auch durch ſtillſchweigende, indem ſie wiſſentlich vor ihr ſich einlaſſen, eine nichtcompetente Behörde competent werden[m]), was durch die lex iulia indiciorum beſtätigt worden iſt[n]). Dieſe Competenz in Folge von Uebereinkunft entſteht durch die wirkliche Anhängigmachung des Proceſſes, alſo durch die Litis Conteſtatio (§. 172), nicht ſchon durch das Erſcheinen vor dem Magiſtrat[o]); die bloße vorausgehende Uebereinkunft für ſich verpflichtet noch keineswegs, ſie entzieht dem, der ſich bey dem incompetenten Gericht einzulaſſen verſprochen hat, nicht den Einwand der Incompetenz, die praescriptio fori[p]). Dagegen kann die Uebereinkunft, wie durch

---

k) L. 3 D. de legation. (50, 7). *l*) L. 2 §. 3—6 L. 8. 24—28 D. de iudic. (5, 1) u. a. *m*) Man nennt dieſen gewillkührten Gerichtsſtand forum prorogatum. *n*) L. 1. 2 pr. §. 1 D. de iudic. (5, 1). *o*) Vgl. L. 33 D. eod.

p) African. L. 18 D. de iurisd. (2, 1). Um dieſe Stelle anders zu verſtehen, muß man etwas hineinlegen, was weder explicite noch implicite darin geſagt iſt; dazu iſt kein Grund vorhanden. Juſtinian hat dem Verzicht auf die praescriptio fori, wenn er bey dem Contract ſelbſt geſchehen iſt, volle Wirkung beigelegt L. 29 C. de pactis (2, 3). Dadurch iſt allerdings der Sinn jener Stelle des Africanus als Beſtand-

2*

die Litis Conteſtatio, ſo auch durch die stipulatio iudicio sisti (§. 160) Kraft erhalten. Es giebt aber noch einen dritten Weg, wie durch Uebereinkunft eine Behörde competent werden kann. Er beſteht darin, daß ein beſtimmter Zahlungsort zwiſchen Gläubiger und Schuldner verabredet wird. Dieß beruht auf folgendem Princip. Wenn der Richter condemnirt, alſo ausſpricht, daß der Beklagte zu leiſten ſchuldig ſey, ſo geſchieht dieß ohne Benennung eines Orts, mithin verſteht es ſich von dem Ort des Gerichts, der Kläger daher, indem er auf Condemnation des Beklagten anträgt, fordert deſſen Leiſtung an dem Ort der Condemnation. Deßhalb muß er, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners auf einen beſtimmten Ort geht, an dieſem ſeine Klage anſtellen, weil er ſonſt, dem Ort nach, etwas anderes fordern würde, als der Schuldner zu leiſten hat, und darum abgewieſen werden müßte[q]). Wie alſo bey nichtbeſtimmtem Erfüllungsort dieſer, wenn es zum Proceß kommt, durch den Gerichtsort gegeben wird, ſo giebt umgekehrt der beſtimmte Erfüllungsort das Forum, und die Par-

---

theil der juſtinianiſchen Legislation, modificirt, aber nur ſoweit, daß wir ſie von einem abgeſonderten Pactum zu verſtehen haben.

q) Nur wenn der Gegenſtand der Forderung ein incertum iſt, und überdieß (denn jenes reicht für ſich noch nicht hin L. 7 §. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4) die Forderung eine ſolche iſt, bey welcher der Richter angewieſen wird, die Anſprüche der Parteien ex fide bona nach den Umſtänden feſtzuſetzen (§. 165), kann auch an einem andern Ort geklagt werden, weil der Richter hier mit beſonderer Berückſichtigung des Orts entſcheiden kann L. 7 pr. D. eod. L. 5 pr. D. commod. (13, 6). Dieſelbe Befugniß aber kann dem Richter auch bey ſtrengen Klagen gegeben werden, durch die Aufgabe, ſeiner Sentenz einen Beſcheid über die Anſprüche rückſichtlich des Orts vorausgehen zu laſſen (§. 166), und in Gemäßheit dieſes Arbitriums und des Gehorſams oder Ungehorſams des Beklagten gegen daſſelbe ſeine Sentenz einzurichten Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. Dadurch wurde der Gläubiger in den Stand geſetzt, auch außer dem Erfüllungsort, an dem ſich der Beklagte vielleicht nicht treffen ließ, alſo an dem forum domicilii oder originis deſſelben zu klagen L. 1 D. eod.

teien ſtellen durch Verabredung eines Zahlungsorts ein beſonderes Forum für den künftigen Rechtsſtreit über dieſe Obligatio auf.

Aber die römiſchen Juriſten giengen noch weiter. Wegen jener thatſächlichen Vorausſetzungen für das Anbringen einer Klage, der Anweſenheit des Beklagten oder des Beſitzes von Gütern in dem Gerichtsbezirk, wodurch die Verfolgung der Rechte beſchränkt iſt, mußte es angemeſſen erſcheinen, die Fora zu vermehren. Sie nahmen daher überhaupt und unabhängig von einer beſonderen Uebereinkunft an, daß da wo die Erfüllung einer Obligatio geſchehen ſollte, auch die gerichtliche Forderung eintreten könne. Daher kann jemand auch da belangt werden, wo er das ihn verpflichtende Rechtsgeſchäft oder Rechtsverhältniß eingegangen hat[r]). Dieſes Forum, das mit den perſönlichen concurrirt, wird, jenem Princip gemäß, nicht durch das Moment des Geſchäftsabſchluſſes allein begründet, es fällt weg, wenn den Parteien nicht die Abſicht der Leiſtung an dieſem Ort unterſtellt werden kann[s]); ja die vertragsmäßige oder geſetzliche Beſtimmung des Erfüllungsorts reicht für ſich allein hin, das Forum zu begründen, gleichviel ob das Geſchäft an dieſem Orte errichtet, und ob überhaupt ein Contract der Obligation das Daſeyn gegeben hat, oder nicht[t]).

---

r) So am Ort des Contracts (daher von den Neuern forum contractus genannt), an dem Ort der geführten Verwaltung, aus welcher er belangt wird (ſ. g. forum gestae administrationis), an dem Ort des ehelichen Lebens, wo eine Forderung auf die Ehe ſich gründet, L. 19. 65 D. de iudic. (5, 1). *s*) L. 19 §. 2 eod.

t) L. 21 D. de O. et A. (44, 7). L. 3 D. de rebus auct. iud. poss. (22, 5): — contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. L. 20 D. de iud. (5, 1): omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. L. 50 pr. eod. Ueber das Princip und die Vorausſetzungen dieſes Forums vgl. J. A. M. Albrecht über das Motiv des Forum Contractus 1845.

So wie der Beſitz eines Grundſtücks regelmäßig nicht zu den munera verpflichtet, mit Ausnahme der auf die Grundſtücke gelegten Abgaben [u]), ſo unterwirft er auch nicht der Jurisdiction [v]), auch nicht in Beziehung auf die Vindication dieſer Sache. Es iſt jetzt entſchieden, daß das forum rei sitae zur Zeit der römiſchen Juriſten, ja noch unter Diocletian, nicht beſtand [w]). Erſt ſpäter, zuerſt wahrſcheinlich durch ein Geſetz v. 385 [x]), iſt verordnet, daß die Vindication einer (unbeweglichen oder beweglichen) Sache da ſoll angebracht werden können, wo ſie ſich befindet.

B. Die Judices.

CLIII. Das officium iudicis enthält das, was wir uns als die reellen und weſentlichen Functionen des Richteramts denken. Seine Beſtandtheile ſind die cognitio und die sententia. Das Eigenthümliche der Stellung des Richters im alten römiſchen Proceß beſtand nur darin, daß ihm die Streitpunkte mehr oder weniger speciell durch die Thätigkeit des Magiſtrats feſtgeſtellt, daß der Rechtsſtreit ihm als ein ſchon geformtes Ganzes überliefert wurde. Es wäre daher ein Irrthum, wenn man die römiſchen Judices mit den heutigen Geſchwornen vergleichen, und ſich vorſtellen wollte, ſie ſeyen bloß mit der Unterſuchung des Factiſchen beſchäftigt geweſen, die Rechtsſätze ſeyen ihnen durch das Verfahren in iure vorgezeichnet worden. Von der Unrichtigkeit dieſer Vorſtellung könnte die erſte beſte der Reden, welche Cicero in Civilſachen gehalten hat, überzeugen; daſſelbe aber ergiebt ſich auch aus der Beſchaffenheit des Verfahrens in iure, welches keineswegs geeignet war,

---

u) L. 6 §. 5 D. de muner. (50, 4). *v*) Auch in dieſer Rückſicht wird geſagt: sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit L. 17 §. 13 D. ad munic. (50, 1).

w) Vat. fragm. 326 (vom J. 293). *x*) L. 3 C. ubi in rem actio (3, 19).

alle rechtlichen Erörterungen vor dem Judex auszuſchließen. Der Magiſtrat entſchied allerdings über die allgemeine rechtliche Begründung des Anſpruchs, indem er die Klagen und Einreden zuließ, und das Judicium ordnete, aber ſelbſt bey der allereinfachſten Klage, der auf eine beſtimmte geſchuldete Geldſumme, konnte ſich noch mancher Anlaß zu rechtlichen Fragen im Judicium finden[a]), noch mehr war dieß der Fall bey den Klagen, in welchen durch die Anweiſung, zu unterſuchen, was eine Partey der andern ex fide bona zu leiſten habe, dem Richter ein weites Feld rechtlicher Erwägungen geöffnet war, und eben ſo bey dinglichen Klagen z. B. der rei vindicatio, wo der Richter nur im allgemeinen angewieſen war, zu unterſuchen, ob der Kläger Eigenthümer ſey, wo alſo die ganze Rechtstheorie der einzelnen Erwerbsarten in Frage kommen konnte. Daß der Judex vorzugsweiſe mit dem Factiſchen zu thun hatte, können wir daher nur in demſelben Sinne behaupten, wie von jedem heutigen Richter auch, inſofern nämlich, als weit öfter die Facta als die anzuwendenden Rechtsſätze in den Proceſſen beſtritten ſind, und daher der Beweis der Thatſachen, welcher in das Verfahren vor dem Judex fällt, der den Ausgang des Rechtsſtreits entſcheidende Punkt zu ſeyn pflegt. Man kann ſagen, das Inſtitut der römiſchen Judices beruht auf ähnlichen politiſchen Motiven, wie das der Geſchwornen, aber die Ausführung des Gedankens iſt in beiden eine ganz verſchiedene.

Das Judicium, an welches der vor dem Magiſtrat vorbereitete und zurechtgelegte Rechtsſtreit gelangt, iſt entweder ein ſtändiges, welches nicht bloß für dieſe einzelne Sache ernannt und gebildet iſt, und hier war es wohl von jeher ein Collegium, vor dem verhandelt und von welchem entſchieden wurde, oder es wurde von dem Magiſtrat erſt für dieſen Proceß unter Mitwirkung der Parteien beſtellt, aus einer gegebenen Anzahl

a) Ein Beiſpiel giebt die Rede des Cicero pro Roscio Comoedo.

dazu befähigter Perſonen, und hier kommt ſowohl eine Mehrheit von Richtern, als auch die Ernennung eines Einzelrichters vor.

Es iſt im zweiten Buch gezeigt worden, wie anfangs das Collegium der Pontifices das Gericht in Rechtsſtreitigkeiten war (Bd. I §. 41 a. E.), und wie ſeine ausſchließliche Function durch die Einführung der iudices decemviri oder decemviri litibus iudicandis aufhörte (§. 49). Neben das Decemviralgericht trat noch ein zweites, zahlreicheres, das der centumviri [b]). Die Nachrichten über dieſes Gericht ſind ſo abgeriſſen, unvollſtändig, und zum Theil von zweifelhafter Glaubwürdigkeit, daß es ſchwierig iſt, zu einem befriedigenden Reſultat aus ihnen zu gelangen. Das Sicherſte iſt, von der ſpäteren Geſtaltung deſſelben auszugehen, ſo weit ſie ſich aus gleichzeitigen Berichten erkennen läßt.

In der dritten Periode beſtand das Centumviralgericht als ein angeſehener, vielbeſchäftigter Gerichtshof, beſonders in Erbſchaftsſtreitigkeiten, unter denen wieder die Fälle der Anfechtung eines Teſtaments wegen unbilliger Enterbung ſich auszeichnen [c]). Ja es kommt nach Cicero keine Stelle vor,

---

b) Das Centumviralgericht iſt theils in Beziehung auf ſeine Entſtehung, theils hinſichtlich ſeiner Competenz Gegenſtand vielfacher Erörterungen geweſen: beſondere Schriften darüber ſind: Sibrand. Siccama de iudicio centumvirali libri II 1596. Zepernick de causis centumviralib. 1776 (als Anhang zu der neuen Ausg. des Siccama). Bethmann-Hollweg über die Competenz des Centumviralgerichts (1825), Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. V. 11. Heffter de iudiciis centumviralibus (in ſeiner Ausgabe des vierten Buchs des Gaius 1827 S. 31—41). C. A. Schneider de centumviralis iudicii apud. Rom. origine 1835. Zumpt über Urſprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts in Rom 1838. Huſchke Recenſion dieſer Schrift, Krit. Jahrb. für D. Rechtswiſſ. 1839 S. 475—93. Vgl. Deſſelben Servius Tullius S. 585—610. (Krug) über Legis Actiones und das Centumviralgericht der Römer 1839. Vgl. auch noch Bachofen de rom. iudiciis civ. 1840 p. 11 sqq. *c*) S. die zahlreichen Stellen, welche von dieſen Rechtsſtreiten als causis centumviralibus theils im allgemeinen, theils in Be-

aus der ſich entnehmen ließe, daß die Centumvirn in andern als in Erbſchaftsproceſſen gerichtet hätten [d]). Wenn wir hiernach annehmen, daß in der dritten Periode die Competenz des Centumviralgerichts auf dieſe Proceſſe ſich beſchränkte, ſo läßt ſich dafür ſogar ein beſtimmtes Zeugniß anführen, welches, wenn gleich ein nichtjuriſtiſches und erſt aus dem Ende des vierten Jahrhunderts, doch in Zuſammenhang mit den übrigen Nachrichten nicht ohne Bedeutung iſt [e]). Für die frühere

---

ziehung auf einzelne Beiſpiele ſprechen, bei Hollweg a. a. O. S. 376 ff. Zumpt a. a. O. S. 18 ff.

d) Man hat Gai. IV. 95 als eine ſolche Stelle angeführt, worin von dem Centumviralgericht in einem einfachen Eigenthumsproceß die Rede ſey. Dieß iſt nicht richtig. Gaius handelt an jenem Orte von der Caution, die der Beklagte bey der in rem actio zu leiſten hat. Er führt §. 93 das Beiſpiel einer Eigenthumsklage an, aber was er ſagt, gilt nicht bloß von dieſer specialis in rem actio, ſondern auch von der de universitate, der Erbrechtsklage. In dieſem Zuſammenhang erwähnt er den Proceß vor dem Centumviralgericht, es iſt daher gar kein Grund vorhanden, zu glauben, er habe eine Eigenthumsklage im Sinne gehabt.

e) Hieronymus (ep. ad Domnionem, 50 ed. Vallars.), indem er ſeinen Spott über einen anmaßlichen Widerſacher ergießt, der bey den großen Talenten, die er ſich zuſchreibe, ohne Zweifel in weltlichen Geſchäften eine mächtige Rolle hätte ſpielen und die Gerichte beherrſchen können, ſagt: liberatus est mundus a periculo, et hereditariae vel centumvirales causae (bey dieſer Erwähnung hat er wahrſcheinlich Luc. 12, 14 im Sinne) de barathro erutae, quod hic forum negligens se ad ecclesiam transtulit. — Auch der Umſtand ſpricht dafür, daß für das sacramentum bey Centumviralſachen Gaius lediglich die höhere Summe von 125 Seſterzen (500 Aſſes nach den Zwölf Tafeln, wenn das Streitobject 1000 Aſſes und darüber beträgt) angiebt, eine Erbrechtsklage wird nie ein geringeres Object als 1000 Aſſes haben Gai. IV. 95 cf. 14. (Denn die einzelne Sache zwar, die der Beklagte beſitzt und die zunächſt der Gegenſtand der Klage iſt, mag allenfalls von geringerem Werthe ſeyn, aber der Streit bezieht ſich doch mittelbar und in ſeinen Folgen zugleich auf die ganze Erbſchaft, und ſchon um der Unſicherheit der Schätzung dieſer werden die Rechtskundigen von jeher die höhere Summe für ſolche Klagen angenommen haben.) Auch Juſtinian L. 12 C. de H. P. (3, 31) identificirt Centumviral- und Erbſchaftsſachen.

Zeit dagegen iſt dieſe Beſchränkung nicht zu behaupten; ſchon bey Cicero zwar gehören alle einzelnen Fälle, die er erwähnt, den Erbſchaftsſachen zu, und wir mögen daraus entnehmen, daß in ihnen ſchon damals die regelmäßige Function des Gerichts beſtand, aber in einer allgemeinen Stelle ſagt er, daß in den causae centumvirales (außer anderen, deren Beziehung auf Erbſtreitigkeiten klar iſt) die iura alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum zur Sprache kämen, ceterarumque rerum innumerabilium, fügt er hinzu [f]). Daraus folgt, daß in früherer Zeit auch Proceſſe über das Eigenthum, wenigſtens über Grundeigenthum, vor den Centumvirn verhandelt wurden [g]), und dafür ſpricht denn auch, daß Gaius die hasta, welche bey den Centumviralproceſſen aufgeſteckt wurde, daraus erklärt, daß der Speer als Zeichen des rechten Eigenthums gegolten habe [h]).

Eine Eigenthümlichkeit des Gerichts war ſeine Abtheilung in vier consilia, welche eben ſo viele Gerichtshöfe (hastae, tribunalia, iudicia) bildeten. Nun kommt es vor, daß eine Sache vor einem, vor zwey (duplex iudicium), und vor den vier vereinigten Abtheilungen (quadruplex iudicium) verhandelt wurde [i]). Bey dem mehrfachen Gericht wird erzählt, daß jemand ſeinen Proceß vor allen Conſilia [k]), oder bloß vor

---

f) Cic. de orat. I. 38.

g) Nicht dagegen läßt ſich daraus auf Servitutenklagen ſchließen, denn die parietum, luminum, stillicidiorum iura kommen auch bey der Eigenthumsfrage vor, ſo gut als die nexa und mancipia, aus deren Erwähnung eben ſo wenig auf die Competenz für perſönliche Klagen geſchloſſen werden kann. *h*) Gai. IV. 16.

i) Ein quadruplex iudicium wird erwähnt bey Plin. ep. I. 18. IV. 24. VI. 33; ein duplex bey Quintilian. Inst. or. V. 2. XI. 1, 78; ein mehrfaches überhaupt Val. Max. VII. 7, 1; ein einfaches bey Quintil. XII. 5 und wohl auch Plin. ep. II. 14.

k) Val. Max. l. c.

einigen gewonnen, vor andern verloren habe[l]). Man hat hier die Wahl zwiſchen zwey Anſichten; nach der einen erhob man den Proceß gewöhnlich vor Einem Conſilium, und konnte von deſſen Ausſpruch an ein duplex, von dieſem an ein quadruplex iudicium, provociren, doch war auch geſtattet, die Sache gleich von Anfang zur definitiven Entſcheidung vor alle Conſilien zu bringen[m]), nach der andern wurde die Verhandlung einer Sache vor mehreren Conſilien nur dadurch veranlaßt, daß ſie durch eine Mehrheit von Parteien in mehrere Proceſſe zerfiel, wie namentlich wenn in dem mit der querela inofficiosi anzufechtenden Teſtament mehrere Erben eingeſetzt waren, wo es denn geſchehen konnte, daß der Kläger gegen den einen gewann, gegen den andern verlor, alſo in dem einen Conſilium ſeinen Anſpruch durchſetzte, in dem andern abgewieſen wurde[n]). Dieſe letztere Anſicht ſcheint mir den Vorzug zu verdienen, und allein mit den Stellen der Note l in Einklang zu ſeyn, nur muß dabey die Möglichkeit vorausgeſetzt werden, daß bey der Verhandlung zur Erleichterung des Klägers und ſeiner Patroni alle in Anſpruch genommenen Conſilia vereinigt wurden, damit nicht dieſelben Reden vor allen einzelnen zu halten waren; ſodann war es vielleicht geſtattet, bey bedeutenden Sachen auch ohne dieſe Veranlaſſung auf eine Vereinigung aller Conſilien in Eines anzutragen. Das Geſchäft, die Conſilia aus der Maſſe der Centumvirn zu bilden, was für jede Sitzung ſich wiederholte, hatten ſeit Auguſt die Decemvirn[o]). Zu einem quadruplex iudicium gehörten zu Plinius Zeit 180 Richter, alſo 45 auf ein Conſilium[p]), es iſt damit

---

l) Plin. ep. VI. 33. L. 15 §. 2 L. 24 D. de inoff. test. (5, 2).

m) Huſchke in den krit. Jahrbb. 1839 S. 484 f.

n) Zimmern der röm. Civilproceß §. 15 Note 8.

o) Sueton. Octav. 36: — ut centumviralem hastam quam quaestura functi consuerant cogere, decemviri cogerent. Plin. ep. V. 21. Dio Cass. LIV. 26. *p*) Plin. VI. 33: — sedebant iudices centum et octoginta, tot enim quattuor consiliis conscribuntur.

keineswegs geſagt, daß dieß die Zahl aller der zu Centumvirn Ernannten geweſen ſey. Feſtus erwähnt für die frühere Zeit 105 (Note s), ob als eine beglaubigte Thatſache, iſt nicht gewiß. Aus dem Namen des Gerichts wäre zu entnehmen, daß ein Conſilium urſprünglich 25 Richter enthielt, wenn nicht von jeher die Benennung eine ungenaue war[q]). Uebrigens geht aus der jedesmaligen Bildung der Conſilia hervor, daß das Centumviralgericht zwiſchen reinſtändigen und von dem Prätor beſtellten Gerichten in der Mitte ſtund.

Bey der Frage nach dem Alter des Centumviralgerichts iſt kein Gewicht zu legen auf die Aeußerung des Pomponius, der nach der Peregrinenprätur die Decemvirn und ihre Verbindung mit dem Centumviralgericht erwähnt, die entſchieden erſt unter Auguſt eingetreten iſt[r]), und keinen viel beſſeren Haltpunkt gewährt der epitomirte Feſtus, welcher die Zahl von 105 durch eine angebliche Wahl von drey aus jeder der 35 Tribus herausrechnet[s]). Weit bedeutender iſt der Umſtand,

---

q) So ſagt Varro (de re rust. II. 1) von einer gewiſſen Zahl, man müſſe es damit ſo wenig allzugenau nehmen, als wenn von tauſend Schiffen, die nach Troja gefahren wären, oder von einem Centumviralgericht zu Rom die Rede ſey.

r) L. 2 §. 29 D. de orig. iur. (1, 2): deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praeesset, decemviri litibus iudicandis sunt constituti. (Seitdem kommt das Amt auch auf Inſchriften vor: Orelli n. 133. 890. Valerius Probus: X. V. decemviri STLITIBVS = litibus, quod inventum est apud Ferentum in civitate Histonio. P. Diaconus: P. STLITIB. IVD. praefectus stlitibus iudicandis i. e. litibus. R.)

s) Paul. Diac. ex Festo: Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam quum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt, et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. Die irrige Verwechſelung der Curien und Tribus wiederholt er unter dem Wort curiae; aus dem Zuſatz: quae et curiae sunt dictae, der außerdem ganz überflüſſig war, möchte man ſchließen, er habe in

daß der Centumviralproceß noch in der dritten Periode durch Legis Actio eingeleitet wurde [t]); dieß ſetzt voraus, daß die Entſtehung des Gerichts in die Zeit fällt, wo dieſem Verfahren noch nicht ein anderes ſubſtituirt oder an die Seite geſetzt war, für ein neueres Gericht würde ſicherlich das neuere, ſtets mehr überhand nehmende Verfahren conſtituirt worden ſeyn [u]). Daß ſeine Einführung den Zwölf Tafeln zuzuſchreiben ſey, wie Zumpt will, iſt eine nicht näher zu begründende Möglichkeit, noch weniger wahrſcheinlich iſt die Anſicht Niebuhr's, der ſie in die Zeit des Königs Servius hinaufrückt (Bd. I §. 49).

Bey der bisher dargelegten Beſchaffenheit unſerer Nachrichten über das Centumviralgericht kommt es darauf an, die vereinzelten Notizen wo möglich in ein Bild zuſammenzufaſſen, für das ſich zwar keine der Gewißheit ſich annähernde, aber doch immer eine Wahrſcheinlichkeit, bey der man ſich etwa beruhigen kann, behaupten läßt. Es giebt Rechtsſtreitigkeiten, deren Gegenſtand ein unmittelbar öffentliches Intereſſe dadurch hat, daß es ſich dabey um Rechte handelt, von denen die Stellung des Bürgers abhängt. Dieß ſind die über die Perſönlichkeit eines Bürgers (caput civis), und ſeit der ſervianiſchen Verfaſſung über den Theil des Vermögens, nach welchem die

---

ſeiner Quelle etwas von Curien beim Centumviralgericht geleſen, welches er ſodann auf die Tribus, die ihm zu ſeiner Rechnung beſſer paßten, übertrug.

t) Gell. XVI. 10: — omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege aebutia lata consopita sit —. Gai. IV. 31: cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento —.

u) Es iſt eine ungeſchickte Vorſtellung (zu der die Stelle des Gellius Note t die ganz unſchuldige Veranlaſſung geworden iſt), daß die Lex Aebutia ſelbſt das Centumviralgericht eingeſetzt habe; der Geſetzgeber hätte gleichſam aus Mitleid mit den aus ihrer ausſchließlichen Herrſchaft von ihm vertriebenen Legis Actiones ihnen ein neues Feld der Exiſtenz durch die Erfindung eines Gerichts, für welches ſie nothwendig ſeyn ſollten, eröffnet.

öffentlichen Leiſtungen ſich beſtimmten. Vor Servius gehörten jene vor die Pontifices zwar, aber in jener öffentlichen Beziehung mit Recurs an die Curiatcomitien, hinſichtlich der Vermögensſachen galt daſſelbe nur von den Erbſchaften, als der am nächſten mit dem Caput zuſammenhängenden[v]). Dieſe Einrichtung paßte nicht für die Plebejer, und für die Ausdehnung des öffentlichen Intereſſes auf Eigenthumsproceſſe. Für jene Rechtsſachen, alſo wenn über das Caput oder jenes die öffentlichen Leiſtungen beſtimmende Eigenthum geſtritten wurde[w]), ſetzte Servius ein Gericht ein, für welches, wenn es in ſolchen Sachen richtete, die hasta das Zeichen war, als das Symbol der öffentlichen Leiſtungen. Es trat an die Stelle der Pontifices und der Curiatcomitien, deren Functionen nur noch bey nichtſtreitigen Rechtsſachen jener Art (Note v) blieben. Dieſes iudicium hastae waren die Decemvirn, die aber auch in andern Fällen, alſo in reinen Privatſachen richteten (mithin ohne hasta), wofern nicht beſondere Richter beſtellt wurden. Die Möglichkeit ſolcher von dem Magiſtrat zu beſtellender Richter wurde bald erweitert (§. 154), und dadurch das Decemviralgericht immer mehr auf die hasta beſchränkt. Endlich wurde neben dem Decemviralgericht für die hasta in Vermögensrechtsſachen das Centumviralgericht eingeſetzt, und deſſen Wahl den Tributcomitien übertragen. Die Decemvirn behielten das Gericht lediglich in Rechtsſtreitigkeiten über das caput[x]), die übrige hasta gieng auf die Centumvirn über. Zuletzt verlor ſich das Bewußtſeyn der politiſchen Bedeutung der hasta, aus welcher der Gegenſatz von iudicium privatum gegen das centumvirale ſich herſchreibt, Eigenthumsſachen aller

---

v) Aus der Arrogation und dem Teſtament vor den Curiatcomitien muß auf eine urſprüngliche contentioſe Gerichtsbarkeit in denſelben Sachen geſchloſſen werden.

w) Alſo abgeſehen von einem Criminalproceß de capite, der dem comitiatus maximus zugewieſen wurde.

x) Cic. pro Caec. 33. Or. pro domo 29.

Art konnten ſeit der Lex Aebutia vor privati iudices kommen, auch die centumvirales causae wurden lediglich von dem privatrechtlichen Geſichtspunkte aufgefaßt, die Thätigkeit der Centumvirn beſchränkte ſich mehr und mehr auf Erbſchaftsſachen, unter denen wiederum die querela inofficiosi testamenti ihre vornehmſte Aufgabe blieb, da dieſen das alte Anſehen des Gerichts und die theils daraus theils aus der urſprünglich politiſchen Richtung ſich ableitende Freiheit der Beurtheilung beſonders zu Statten kam.

CLIV. Richter, welche für den einzelnen Fall von dem Magiſtrat beſtellt wurden, alſo das officium iudicis nicht vermöge eines über dieſen einzelnen Rechtsſtreit hinausreichenden Amts hatten, und die daher als iudices privati jenen ſtändigen Richtern entgegengeſetzt werden, kommen in Rom ſchon frühzeitig vor. Vor allem konnte die Zulaſſung ſolcher Privatrichter für eine Partey wünſchenswerth erſcheinen, wenn ſie vielleicht in die Willigkeit des öffentlichen und ſtändigen, das wahre Recht zu finden und auszuſprechen, Zweifel ſetzte; hätte das öffentliche Gericht auch regelmäßig keine Veranlaſſung zu ſolchen Befürchtungen gegeben, ſo war doch die unbedingte Nothwendigkeit deſſelben, und die Ausſchließung jedes andern bedenklich. Sodann konnte eine Rechtsſache von der Beſchaffenheit ſeyn, daß ihre Beurtheilung beſondere, bey den gewöhnlichen Richtern nicht vorauszuſetzende Sachkenntniſſe erheiſchte, oder daß ſie eine freiere und arbiträrere Beurtheilung in Anſpruch nahm, als einem Richter einzuräumen gerecht war, auf deſſen Wahl die Parteien keinen Einfluß hatten, endlich führte der Verkehr mit Auswärtigen, welcher nicht den ſtändigen römiſchen Gerichten und der für römiſche Bürger beſtimmten Verhandlungsweiſe übergeben werden konnte, beſtellte Richter herbey.

Die erſte dieſer Veranlaſſungen ſcheint der lex pinaria zu Grunde zu liegen (Bd. I §. 53), welche bey der Legis Actio

durch Sacramentum den Parteien zugeſtand, auf die Beſtellung eines Judex (wenigſtens bey perſönlichen Klagen) anzutragen, den ſie von dem Prätor am dreißigſten Tag nach der Legis Actio erhielten [a]). — Aus dem zweiten der angegebenen Gründe wurde eine eigene Legis Actio, die eben auf dieſe Erbittung eines Richters berechnet iſt und davon auch den Namen hat, eingeführt: die legis actio per iudicis arbitrive

---

a) Gai. IV. 15. (Mit noch größerer Gewißheit muß das Recht, auf einen Judex anzutragen, für die in rem actiones behauptet werden: Pſeudo-Aſconius (p. 164, 9 Orell.) las ſogar nur dieſe Anwendung im Gaius: namque *cum in rem aliquam agerent* litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem. Ueber die Einrechnung der Schaltzeit in die von der Lex Pinaria eingeſchobene dreißigtägige Friſt enthielt dieſes Geſetz eine ausdrückliche Beſtimmung: Macrob. Sat. I. 13. antiquissimam legem fuisse incisam in columna aerea a L. Pinario et Furio consulibus (282) cui mentio intercalaris adscribitur (vgl. L. 2 D. de div. temp. (44. 3). Cato de re rust. c. 150). Die lex rupilia (Bd. I. §. 66 a) übertrug das dreißigtägige Intervall zwiſchen der Poſtulatio und Datio des Judex auch auf die Provinzialjurisdiction (Cic. Verr. 2, 2. 15 quod lex rupilia vetaret diebus triginta sortiri dicam, quibus scripta esset). Auf die Annahme des Judex, die contestatio litis, folgte die Vertagung auf den dritten Tag, (comperendinatio, vgl. lex XII tabb. §. 160 d. k. Gai. IV. 15. comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. Paul. ex Festo s. v. res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum. Cic. pro Mur. c. 12 diem tertium an perendinum. Valerius Probus I. D. T. S. P = in diem tertium sive perendinum, Savigny, Syſtem IV. 604 d.), ſo daß zwiſchen dem zweiten Termin vor dem Magiſtrat und dem Judicium ein freier Tag in der Mitte blieb (Cic. Brut. c. 22 unum, quasi comperendinatus, medium diem fuisse), wie es ſpäter durch die Lex Servilia auch für die Repetunden vorgeſchrieben wurde. Durch die Beſtellung eines Judex wird übrigens die Anſicht derer widerlegt, welche die sacramento actio weſentlich als ein Volksgericht über Privatſachen auffaſſen: man müßte denn dem privatus iudex mit Asverus (die Denunciatio der Römer 1845, S. 149—168) und Mommſen (Richter's Jahrbb. 1845 S. 876) eine mandata iurisdictio zuſchreiben wollen. R.)

postulationem[b]). Die Zwölf Tafeln weiſen Gränzſtreitigkeiten an drey (ohne Zweifel unter Mitwirkung der Parteien zu ernennende) arbitri[c]), arbitri entſchieden auch, wenn gegen eine Veränderung des Waſſerlaufs geklagt wurde, ohne Zweifel ebenfalls nach Vorſchrift der Zwölf Tafeln[d]), dieſes Geſetz verordnete ferner drey arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit[e]), d. h. wenn in dem Eigenthumsproceß der, welcher den interimiſtiſchen Beſitz erhalten hatte (§. 161), unterlag, und daher nun gegen ihn auf Herausgabe der Sache und der Früchte geklagt wurde. Ebenſo ſollten nach dieſem Geſetz die Anſprüche des Mündels gegen ſeinen geweſenen Vormund aus deſſen Verwaltung vor arbitri kommen[f]). Es gab aber eine ganze Reihe von Rechtsſachen, in welchen ein gerechtes Urtheil von einer freien und billigen Berückſichtigung mannigfacher individueller Umſtände abhieng, Verhältniſſe, bey denen die Contrahenten auf gegenſeitige Redlichkeit und Billigkeit rechnen mußten, da ſich unmöglich alles bey der Abſchließung in ſtreng verclauſulirte Worte bringen ließ, wo daher auch das Officium Judicis ein freieres ſeyn, und ſein Ermeſſen über den

---

b) Es bezieht ſich darauf die Formel bey Valerius Probus: iudicem arbitrumve postulo uti des.

c) Cic. de legib. I. 21. Cic. bey Nonius v. iurgium. Eben ſo ſind die iudicia communi dividundo und familiae erciscundae arbitria L. 47. 52 D. fam. erc. (10, 2). L. 26 D. comm. div. (10, 3). L. 2 C. comm. utr. (3, 38). L. 8 C. de collat. (6, 20). Isidor. 5, 25 communis divisio est inter eos, quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrum dari, cuius arbitratu res dividantur.

d) Cic. top. 9. L. 24 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 23 §. ult. eod. „arbitrium aquae pluviae arcendae". Vgl. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7). *e*) Festus v. vindiciae. §. 232 m. Ein ähnliches arbitrium liti aestimandae war bei perſönlichen Klagen nöthig, um die condemnatio in ipsam rem auf eine Geldſumme zu ſchätzen §. 179. q** R.)

f) Cic. de off. III. 15. Arbitrium tutelae: Cod. V. 51. vgl. L. 28 §. 2 D. de appell. (49, 1).

wörtlichen Inhalt des Geſchäfts hinausgehen mußte[g]). Wenn ein Darlehn gegeben wurde, oder ſonſt jemand ſich als Schuldner für eine Summe oder Sache förmlich bekannte, ſo war es ganz in der Ordnung, bey dem einfachen Inhalt des Geſchäfts ſtreng ſtehen zu bleiben, und nichts dazu noch wegzuthun, ein läßlicheres Verhalten des Richters wäre der Natur der Sache, der Intention der Parteien ſelbſt, und dem Recht des Klägers zuwider geweſen, der eben um alle Weiterungen abzuſchneiden und eine promte Rechtshülfe ſich zu ſichern, ſeinen Schuldner bündig ſich hatte obligiren laſſen. Ganz anders, wenn jemand einem Andern ſeine Sache für einen beſonderen Zweck, in einſeitigem oder gemeinſchaftlichem Intereſſe überließ, welche der Empfänger unter gewiſſen Bedingungen zurückgewähren ſollte, eine Verbindlichkeit, die ſich nach Umſtänden mindern (durch ſchuldloſe Verringerung der Sache) und mehren konnte (durch zu erſtattende Früchte und ſonſtige Acceſſionen), und deren möglicher Inhalt ſich durchaus nicht in ſpecielle Verabredungen zum Voraus faſſen ließ. In ſolchen Fällen pflegte man den Geſchäften die Clauſel beizufügen: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, oder: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem, oder: quod aequius melius, oder: ex fide bona, und dieſe Ausdrücke wurden auch in die Worte der Klage aufgenommen[h]), ja es wurde dieſe Clauſel bey manchen Geſchäften als ein ſtillſchweigender Beſtandtheil angenommen, und ihre richterliche Behandlung demzufolge von der ausdrücklichen Beifügung unabhängig gemacht. In allen dieſen Rechtsſachen

---

g) L. 7 D. de neg. gest. (3, 5): — tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. L. 24 D. depos. (16, 3): et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio —.

h) Cic. de off. III. 15—17. ad fam. VII. 12.

nun war es die legis actio per iudicis arbitrivi postulationem, deren man ſich bediente, um ein mit weiterer Vollmacht, als das gewöhnliche, ausgerüſtetes Gericht zu erhalten. Daher wurden dieſe Fälle arbitria genannt, ein Theil derſelben ſpäterhin bonae fidei iudicia. — Die dritte Veranlaſſung zur Beſtellung von Richtern gab der Verkehr mit Peregrinen, die Recuperatoren (Bd. I §. 83) waren kein ſtändiger Gerichtshof, ſondern wurden für jeden einzelnen Fall von dem Prätor ernannt, gewöhnlich drey an der Zahl (wie bey den arbitri), nach Umſtänden auch wohl mehr. Dieſes Inſtitut der Recuperatoren verlor ſpäter ſeinen Zuſammenhang mit der Peregrinenrechtspflege: in Proceſſen zwiſchen Römern kommen Recuperatoren, in Peregrinenproceſſen Judices vor.

Nach der Zeit der Zwölf Tafeln neigte man ſich immer mehr dem Inſtitut der beſtellten Richter zu, es wurde immer weiter ausgedehnt, die Thätigkeit der ſtändigen Gerichte zog ſich in immer engere Kreiſe zurück. Dieſe Richtung gieng zugleich auf die Uebertragung des officium iudicis an eine einzelne Perſon; wo früher mehrere beſtellt wurden, da wurde es nach und nach (mit Ausnahme der recuperatoriſchen Gerichte) gewöhnlich Einen Richter zu geben. So wurde bey einer neuen Legis Actio (per condictionem), welche durch die Lex Silia eingeführt, durch die Lex Calpurnia erweitert wurde, Unterſuchung und Urtheil einem beſtellten Judex zugewieſen; endlich ließ die Lex Aebutia bey dem neuen Verfahren, das ſie einführte, ausſchließlich beſtellte Richter eintreten, das Decemviral- und Centumviralgericht blieb nur in den Fällen thätig, wo noch das alte Verfahren mit Legis Actio entweder vorgeſchrieben war, oder von den Parteien freiwillig gewählt wurde.

Seit der Lex Aebutia claſſificiren ſich die beſtellten Richter ſo. Vor allem ſind ſie entweder Judices (und unter dieſen ſind in der ſpäteren Zeit ſtets Einzelrichter zu verſtehen[1])),

[1]) So ſetzt Gai. IV. 105 die recuperatoria iudicia denen sub uno iudice entgegen.

oder Recuperatores. Wir wiſſen von wenigen Sachen mit Beſtimmtheit, daß darin Recuperatoren ernannt wurden: bey der iniuriarum actio auf eine arbiträre Geldſtrafe nach Aeſtimation der Injuria beſtellte der Prätor Recuperatoren [k]), eben ſo bey dem interdictum de vi armata und der actio vi bonorum raptorum [l]), bey dem Vadimonium, indem der, welcher verſprochen hat ſich vor Gericht zu ſtellen, in gewiſſen Fällen mit Recuperatoren bedroht wird, die ihn, wenn er die Zuſage bricht, ſofort zu condemniren haben [m]), bey Ingenuitäts- und damit zuſammenhängenden Standesproceſſen [n]), bey der Klage gegen den Freigelaſſenen, der ſeinen Patron wider die Vorſchrift des prätoriſchen Edicts in ius vocirt hat [o]). Aus dieſen Beiſpielen läßt ſich unſchwer das Princip erkennen, welches im allgemeinen der Wahl dieſer Richter zu Grunde lag. Die Competenzbeſtimmung zwiſchen Recuperatoren und Judices iſt eine ähnliche wie die zwiſchen den Decemvirn und den beſtellten Richtern (§. 153 a. E.), ja in der dritten Periode ſind ſie für die Quäſtiones über den Status einer Perſon geradezu an die Stelle der Decemvirn getreten. Sie traten aber auch überhaupt regelmäßig da ein, wo ein mehr perſönliches als ver-

---

k) Gell. XX. 1. Doch ſcheint dieß nicht durchgängig geſchehen zu ſeyn Rhet. ad Herenn. II. 13. Gai. III. 224.

l) Cicero's Rede für den Cäcina, und für Tullius. Eine allgemeine Andeutung, daß bey Interdicten Recuperatoren vorkamen, findet ſich bey Gai. IV. 141. *m*) Gai. IV. 185. Auch wenn das Vadimonium nicht oder nicht gehörig geleiſtet worden, lex rubria cap. 21 a. E.

n) Sueton. Vespas. 3: — duxit uxorem — latinaeque conditionis, sed mox ingenuam et civem romanam recuperatorio iudicio pronuntiatam. Auch Sueton. Domit. 8: recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit, geht ohne Zweifel auf dieſe Art von Proceſſen, in welchen die Richter oft willkührlich auf unbegründete Behauptungen hin Freiheit, Ingenuität, Civität anerkannten.

o) Gai. IV. 46.

mögensrechtliches Verhältniß in Frage kam, und wo zugleich eine arbiträrere Beurtheilung in Anſpruch genommen wurde, als man einem einzelnen Judex in ſolchen Fällen einzuräumen für ſicher hielt. Mit dieſer Natur der Recuperatorengerichte hängt es zuſammen, daß, wie Huſchke es höchſt wahrſcheinlich gemacht hat, die Municipalmagiſtrate keine Recuperatoren beſtellen konnten[p]), daß alſo dieſe Befugniß nicht als Beſtandtheil der iurisdictio (wie die iudicis datio), ſondern als Ausfluß des Imperiums betrachtet wurde.

Die Judices im Gegenſatz gegen die Recuperatoren ſind wieder von doppelter Art: iudices im eigentlichſten Sinn oder arbitri. Dieſe letzteren wurden urſprünglich wohl meiſtentheils in der Mehrzahl gegeben, ſpäter kam dieß ab, man beſchränkte ſich regelmäßig auf einen Arbiter, und ſeit dieſer Zeit wurde es immer gewöhnlicher, den Namen Judex auch auf den Arbiter überzutragen. Arbitri nun waren vor der Lex Aebutia die Richter in den oben zuſammengeſtellten Fällen, in welchen die legis actio per iudicis arbitrive postulationem zuſtand. Auch in dem neueren Verfahren blieb dieſe in der Natur der Dinge gegründete Unterſcheidung zwiſchen Richtern, die theils in Beziehung auf den Gegenſtand, in den ſie, wenn ſie den Beklagten ſchuldig fanden, zu condemniren hatten, theils in Beziehung auf die Beurtheilung des Rechts oder Unrechts bey den Parteien in enge Schranken eingeſchloſſen waren, und ſolchen denen ein freieres Ermeſſen in beiden Hinſichten zukam[q]).

---

p) Huſchke in Richter's Jahrbb. 1837 S. 900. In der Lex agraria des Caligula (die man ſonſt für die lex mamilia hielt) wird dem römiſchen Magiſtrat iurisdictio reciperatorumque datio addictio, dem Municipalmagiſtrat nur iurisdictio iudicisque datio addictio beigelegt.

q) Cicero unterſcheidet beide Fälle in Beziehung auf eine gewiſſe Rechtsſache ſo: eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas (dem Arbiter), et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas (als Judex)? Quis unquam, fügt er hinzu, ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit?

Es werden aber zwey Arten von Arbitri unterſchieden. Die eine Claſſe bilden die in arbitrariae formulae d. h. in ſolchen Formeln beſtellten Richter, wonach etwas arbitratu iudicis reſtituirt oder exhibirt werden ſoll (§. 166), z. B. in dem Fall, wo nach altem Recht die Klage si quis vindiciam falsam tulerit (ſ. oben) ſtattfand. Die andere Claſſe ſind die Richter, welche in der Formel angewieſen werden, darauf zu ſprechen, was eine Partey der andern ex fide bona zu leiſten hat, oder quantum aequius melius sit, dari repromittive, oder die Ver-

---

Nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit. Cic. pro Roscio com. 4. vgl. top. 17 a. E. Die Stelle verliert ihre Bedeutung nicht, wenn auch der Arbiter, vor welchen der Proceß des Roſcius früher gebracht worden, ein compromiſſariſcher geweſen war (Puchta, Rhein. Muſ. V S. 321). Dann hätte Cicero das von ihm dargeſtellte Recht des vom Magiſtrat beſtellten Arbiter nur auf jenen übertragen, und es wäre nichtsdeſtoweniger gewiß, daß er a. a. O. nicht den Schiedsmann dem beſtellten Richter (iudex oder arbiter), ſondern den (auch beſtellten) arbiter dem iudex (im engeren Sinn) entgegenſtellt. Ganz anders verhält es ſich mit einer Stelle von Seneca (de benef. III. 7), die man verſucht ſeyn könnte hieher zu ziehen, da einiges darin auch auf unſern Gegenſatz anwendbar zu ſeyn ſcheint: Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere. Was hier von dem iudex geſagt iſt, gilt in der That auch von unſerem arbiter, auch dieſer hat eine formula, die ihm Gränzen vorzeichnet, der Unterſchied zwiſchen ihm und dem eigentlichen Judex liegt nur in dem Umfang des Gebiets, das dieſe Gränzen einſchließen. Auf der andern Seite gilt das, was Seneca von ſeinem arbiter ſagt, nicht von dem unſrigen, bey dem es nicht auf humanitas und misericordia abgeſehen iſt, und deſſen religio keineswegs nullis adstricta vinculis iſt. Seneca verſteht unter iudex (wie ſich auch aus dem ganzen Verlauf ſeiner Diatribe, ob man die Pflicht der Dankbarkeit zu einer rechtlichen Verbindlichkeit erheben könne, ergiebt) jeden wirklichen Richter, unter arbiter einen Schiedsmann, dem man vertragsweiſe eine Sache zur Entſcheidung vorlegt. Vgl. noch Note dd.

hältniſſe zu beurtheilen ut inter bonos agier oportet. Zur Zeit der römiſchen Juriſten kamen dieſe letzteren, für gewiſſe Fälle aus dem älteſten Verfahren ſich herſchreibenden Ausdrucksformen ab, es wurde überall die erſte: ex fide bona (§. 165 Note ll) gebraucht, und daher dieſe ganze (den arbitrariae formulae gegenüberſtehende) Claſſe von Rechtsſachen unter dem Namen bonae fidei iudicia zuſammengefaßt.

In Beziehung auf die Wahl aller dieſer beſtellten Richter kommen zwey Punkte in Frage: der Kreis von Perſonen, aus denen ſie genommen werden konnten, und das Verfahren bey ihrer Ernennung für den einzelnen Rechtsſtreit. Was den erſten Punkt anlangt, ſo ſind manche Perſonen abſolut ausgeſchloſſen von dem richterlichen Amt; dieſe Ausſchließung gründet ſich, wie Paulus ſagt, theils auf die Natur der Sache, theils auf die Sitte, theils auf Geſetze [r]). Natura ſind die ausgeſchloſſen, denen die für die richterlichen Functionen abſolut nöthigen Qualitäten fehlen: Stumme, Taube, Wahnſinnige, Impuberes; moribus die Frauen und die Sclaven; lege alle Infames (die angeführte Stelle nennt von ihnen die senatu moti). Es iſt nicht zu bezweifeln, daß der Magiſtrat nach Ermeſſen dieſe Ausſchließungsgründe ergänzen, und die Beſtellung einer Perſon zum Richter auch aus andern Gründen, die ihm erheblich ſchienen, verſagen konnte, und ſicherlich haben die Edicte der Prätoren auch darüber Feſtſetzungen enthalten [s]). Die durch einen dieſer Gründe Ausgeſchloſſenen kön-

---

r) L. 12 §. 2. 3 D. de iudic. (5, 1).

s) So die Ausdehnung der Unfähigkeit wegen Impubertät auf minores decem et octo annis L. 57 D. de re iud. (42, 1). Eine davon ganz verſchiedene Beſtimmung iſt, daß das Compromiß auf einen Schiedsrichter unter 20 Jahren keine Gültigkeit hat, L. 41 D. de recept. (4, 8). Dieſe hat ihren Grund darin, daß eine ſolche Perſon nicht verpflichtet wird, das vertragsweiſe übernommene Schiedsrichteramt auszuüben, während die Gültigkeit des Compromiſſes dieſe Verpflichtung des Arbiter vorausſetzt.

nen nicht Richter werden, damit iſt aber noch keineswegs geſagt, daß überall die Beſtellung jeden treffen konnte, der nicht an einer ſolchen Unfähigkeit litt. Bey der legis actio per iudicis postulationem ſcheint dieß allerdings der Fall geweſen zu ſeyn, der Zweck dieſes Inſtituts der arbitri forderte möglichſte Freiheit der Wahl, dieſelbe Unbeſchränktheit ſcheint in Beziehung auf die Recuperatoren Statt gefunden zu haben [t]). Später (nachdem jene legis actio weggefallen war) wurde dieſe Freiheit überhaupt zugeſtanden, wenn die Parteien ſich über einen Richter vereinigten, und dieſen von dem Prätor erbaten [u]), vorausgeſetzt natürlich ſeine Fähigkeit, und daß er zur Uebernahme des Amtes freiwillig bereit war. Sonſt aber wurden die Judices aus dem Senat genommen, der mit dieſem Beruf von alter Zeit her bekleidet war [v]). Dieſes Recht blieb dem Senat, auch als für die Criminalproceſſe die Einrichtung von iudices selecti, einer von den Magiſtraten im Voraus angefertigten Liſte von Richtern, aus denen das Judicium für jeden einzelnen Fall zu conſtituiren war, eingeführt, und die Theilnahme der Senatoren an dieſen Gerichten durch leges iudiciariae bald ausgeſchloſſen bald verringert wurde (Bd. I §. 71). Dieſe Geſetze bezogen ſich nicht auf die Civilrechtspflege. Erſt Auguſt, oder vielleicht ſchon Cäſar [w]), dehnte das

---

t) Huschke de recuperatoribus (I. Huschke anal. litt.) p. 240.

u) Dieß geht nicht bloß aus L. 57 D. de re iud. (42, 1), ſondern auch aus vielen andern Stellen hervor, die eine Wahl außer dem ordentlichen Gremium, von dem nachher die Rede ſeyn wird, ſtillſchweigend vorausſetzen. Darin lag eben die vornehmſte Bedeutung jener Unfähigkeitsgründe, daß ſie ſelbſt die datio ex consensu verhinderten.

v) Polyb. VI. 17.

w) Das Conſilium, das nach der Lex Aelia Sentia von 757, über die bey gewiſſen Freilaſſungen nachzuweiſende iusta causa urtheilen ſoll, beſteht in den Provinzen aus 20 Recuperatoren, in Rom aus 10 Judices, die zur Hälfte Senatoren, zur Hälfte Equites ſeyn ſollen. Dieß bringt Klenze (fragm. legis servil. p. XVI) in Verbindung mit der lex iudiciaria Cäſar's, welche die Richter auf jene beiden Stände be=

Inſtitut der iudices selecti auf die Gerichte in Privatſachen aus, ſo daß nun auch hier die Richter aus dem album iudicum selectorum zu nehmen waren[x]). Dieſe Veränderung darf nicht als eine zum Nachtheil des Senats vorgenommene betrachtet werden, ihre Bedeutung war eine ganz andere. Wer in dem Gremium ſich befand, aus dem die Richter genommen wurden, war verpflichtet, das Richteramt, wenn es ihn traf, zu übernehmen[y]); es war eine Laſt für den Senat, die bey den Civilſachen nicht wie bey den Criminalgerichten durch ein Standesintereſſe aufgewogen wurde, dieſer Sinn liegt den

---

ſchränkte (Bd. I §. 71 a. E.), und die ſich daher auch auf Civilrichter bezogen habe. Es braucht nicht ausgeführt zu werden, aus wie mancherley Gründen dieſes Argument höchſt prekärer Natur iſt.

x) Dieß geht hervor aus der Beſtimmung über die Competenz der vierten Decurie: iudicaret de levioribus summis Suet. Octav. 32. So ſagt denn Gellius XIV. 2: Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata, susciperem —; der Gegenſatz übrigens, den Gellius bey dem Ausdruck privata im Sinne hat, ſind wohl nicht die Criminalproceſſe, ſondern die Centumviralſachen.

y) L. 13 §. 2. 3 D. de vacatione et excus. munerum (50, 5) L. 18 §. 14 D. de muner. (50, 4) Cic. philipp. V. 5. Sueton. Octav. 32: ac plerisque iudicandi munus detrectantibus, vix concessit, ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset —. Darauf bezieht ſich auch L. 41 D. de recept. (4, 8): cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur —; es iſt damit ſicherlich die Vorſchrift gemeint, daß Perſonen unter 20 Jahren nicht auf das Album geſetzt werden ſollen, der Juriſt drückt dieſe Vorſchrift anders aus wegen des Gebrauchs, den er in der angeführten Stelle davon macht (Note s). Dieſelbe Beſtimmung hat Sueton im Auge (Octav. 32): iudices a tricesimo aetatis anno allegit, id est quinquennio maturius quam solebant. Hier iſt die Zahl 30 jedenfalls unrichtig; ſie würde vorausſetzen, daß vorher das Alter von 35 Jahren üblich war, während ſchon die Lex Servilia (cap. 6) XXX hat (auch dieſe überdieß wahrſcheinlich durch einen Schreibfehler ſtatt XXV). Dagegen wird die Zahl der Pandektenſtelle durch ihren weiteren Inhalt bekräftigt, und es haben daher die Editoren nach Cujacius Vorgang (observ. 21, 32) bey Sueton das tricesimo mit Recht in vicesimo verwandelt.

Geſetzen Auguſts und ſeiner Nachfolger zu Grunde (Bd. I §. 88 a. E.). In den Municipien wurden die Richter, wie früher in Rom aus dem Senat, aus der Curie genommen, ſo daß das album decurionum zugleich das album iudicum bildete, mit Ausnahme der gegen das munus iudicandi Excuſirten. In den Provinzen beſtanden über die Wahl der Richter verſchiedene Vorſchriften nach den beſonderen Verfaſſungen derſelben (Bd. I §. 67); ſo weit nun eine Rechtsſache hiernach nicht beſonderen durch die Parteien gewählten oder durch Geſetz beſtimmten Richtern zukam, wurden die Richter aus der Zahl derer genommen, die der Vorſtand der Provinz aus dem conventus civium romanorum ausgewählt hatte, es gab alſo auch hier ein album iudicum selectorum [z]).

Neuerdings iſt in einer höchſt lehrreichen Darſtellung des Unterſchieds zwiſchen iudicia und arbitria behauptet worden, das album iudicum ſey nur für die iudices im eigentlichſten Sinn im Gegenſatz zu den arbitri beſtimmt geweſen, dieſe letzteren hätten (verſteht ſich ganz abgeſehen von jener Uebereinkunft der Parteien, die ja auch bey den erſteren möglich war) ganz frey gewählt werden können, ja dieß ſoll weſentlich zuſammenhängen mit der weniger gebundenen Stellung und Urtheilsmacht der Arbitri, wobey ſo viel auf das perſönliche Vertrauen der Parteien ankommen mußte [aa]). Betrachten wir die innere Wahrſcheinlichkeit dieſer Anſicht, ſo leuchtet ein, daß der zuletzt erwähnte Punkt von entſchiedenem Gewicht iſt für die Zeit der legis actio per iudicis postulationem, wo die Arbitri dem ſtändigen Gericht der Decemvirn oder Centumvirn gegenüber ſtanden, und wo es ſich darum handelte, gewiſſe Rechtsſachen entweder dieſem oder freigewählten Richtern zu übertragen. Dieſes Gewicht verliert ſich aber ganz und gar,

---

z) Cic. Verr. II. 13.

aa) Savigny Syſtem des heutigen R. R. V S. 102. 103 vgl. 469. 643 ff.

wenn wir die Forderung einer ganz freien Wahl gegenüber einem aus allen achtbaren und tauglichen Claſſen der Geſellſchaft ſehr zahlreich beſetzten Album denken[bb]). Auf der andern Seite, wie ſehr würde die Wichtigkeit, ja ich möchte ſagen die Vernünftigkeit einer Einrichtung, die man als eine Angelegenheit von höchſtem Belang behandelte, ſich verringern, wenn man davon eine unberechenbar große Anzahl wichtigſter Rechtsſachen (alle bonae fidei iudicia und alle arbitrariae actiones, wohin die Eigenthums-, die Pfandproceſſe und unzählige andere gehörten) ausgenommen, wenn man der Perſönlichkeit ſolcher Richter, denen die Natur des Rechtsſtreits wenig Gewalt ließ, Aufmerkſamkeit geſchenkt, ihre Wahl aus dem Album geboten, die Fälle dagegen, wo der Richter eine größere Macht hat, ihrem Schickſal und dem Belieben des Klägers überlaſſen hätte[cc]). Innere Wahrſcheinlichkeit alſo beſitzt jene Anſicht nicht. An äußeren Gründen aber gebricht es ihr, ſo weit mein Urtheil reicht, gänzlich[dd]).

---

bb) Unter Auguſt waren bey tauſend in jeder Decurie Plin. hist. nat. XXXIII. 7.

cc) Um jene Anſicht zu behaupten, müßte vor allem ein Modus der Ernennung des Arbiter entdeckt werden, der gegen den Mißbrauch der freien Wahl dem Gegner eine Garantie darbot. Die Grundſätze über die Ernennung, die nachher mitgetheilt werden ſollen, ſetzen offenbar die Wahl aus dem Album voraus.

dd) Savigny hat dafür Seneca de benef. III. 7 angeführt. Hier kommt nämlich zuerſt die oben Note q abgedruckte Stelle über iudices und arbitri vor, die Savigny von unſerem Gegenſatz verſteht, ſodann nach mehreren Zwiſchenſätzen die Aeußerung: ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. Dieſe zweite Stelle ſchließt Savigny unmittelbar an die erſte, und glaubt, ſie ſpreche von den arbitria im Gegenſatz gegen die iudicia. Dieſes Argument fällt, abgeſehen von der Zuläßigkeit dieſer Verbindung, ſchon dadurch, daß die erſte Stelle einen andern, als den von ihm vorausgeſetzten Sinn hat (Note q). Auch daß man die arbitria als Proceſſe bezeichnen könne: ubi id *de quo sola sapientia decernit*, in

Was die Ernennung der Richter für den einzelnen Fall anlangt, ſo iſt die Sache am einfachſten, wenn die Parteien über eine Perſon vorher ſchon übereingekommen ſind, der Magiſtrat

---

controversiam incidit, iſt wohl unglaublich. Jeder Schein aber wird verſchwinden, wenn wir dieſe Stellen in ihrem Zuſammenhang betrachten. Sollte man nicht, fragt Seneca, die Undankbarkeit als eine Rechtsverletzung behandeln, gegen den Undankbaren alſo eine Klage (ingrati actio nennt er ſie) geben? Er giebt ſich viele Mühe, recht gründlich zu beweiſen, daß dieß nicht angehe. Vor allem wäre es keine Wohlthat mehr, wenn der Wohlthäter die Dankbarkeit wie eine Contractsleiſtung einklagen könnte. Zweitens wäre es auch keine Dankbarkeit, die erzwungen werden könnte wie die Rückgabe eines Depoſitums oder eines Darlehns. Drittens würden alle Gerichte der Welt nicht hinreichen, um die Maſſe der Undankbarkeitsproceſſe zu entſcheiden. Viertens, es wäre unmöglich ein einigermaßen beſtimmtes Recht aufzuſtellen, nach welchem der Richter entſcheiden ſollte, es müßte alles auf ſein ſubjectives Ermeſſen geſtellt werden (hieher gehört die erſte Stelle). Endlich wo wollten wir die Richter herbekommen, welche die epineuſen Fragen: was iſt Wohlthat, welchen Umfang hat ſie, was iſt Undankbarkeit? entſcheiden könnten. Dieſe Richter, die ſolche philoſophiſche Fragen entſcheiden ſollten, könnten wir nicht aus dem Album nehmen (zweite Stelle). Man ſieht, der Gegenſatz iſt überall: Richter über Rechtspflichten und (problematiſche) Richter über die moraliſche Pflicht der Dankbarkeit, und wenn die Stelle irgend etwas beweiſt, ſo iſt es dieß, daß alle Richter aus dem Album genommen wurden, was dann eben Seneca als ein Hinderniß der proponirten Undankbarkeitsproceſſe aufführt. — Nachträglich hat ſich Savigny noch auf Plin. hist. nat. I berufen. In der Zueignung an Titus geſteht Plinius ſich das Bedenken, einen ſolchen Mann zum Urtheil aufzufordern. Hätte ich das Werk einfach publicirt, ſo konnte ich gegen dein Urtheil einwenden: warum machſt du dich zum Richter, du ſtandeſt nicht auf dem Album für dieſe Sachen, als ich die meinige anbrachte (cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo). Im Nothfall ſtund mir noch die reiectio offen. Das alles fällt nun weg, da ich dich ſelbſt genannt habe, denn ein anderes iſt es, einen Richter ohne Wahl überkommen, ein anderes ſelbſt einen erwählen (Note kk). Savigny legt ein großes Gewicht auf das Wort condicerem, womit Plinius ein iudicium im engſten Sinn im Gegenſatz zu arbitrium ausdrücke, und indem er dort von dem Album ſpreche, hier eine freie Wahl vorausſetze. Da aber nicht zu läugnen ſeyn wird, daß Plinius ganz eben ſo, ohne daß irgend eine Pointe

giebt dieſen Richter, wenn in Beziehung auf ſeine Fähigkeit kein Hinderniß entgegenſteht. Eine ſolche Uebereinkunft aber hervorzubringen, iſt auch in andern Fällen das Ziel, das durch das Verfahren bey der Ernennung herbeigeführt werden ſoll[ee]). Der Kläger hatte das Recht, einen Richter vorzuſchlagen (iudicem ferre), und der Magiſtrat beſtellte ihn, wenn der Gegner ihn nicht verwarf, was mit der Formel geſchah: eiero iniquus mihi est[ff]). Für dieſe Ejeration brauchten keine beſonderen Recuſationsgründe angeführt zu werden, aber eine von dem Magiſtrat als grundlos und muthwillig erkannte Weigerung ſetzte den Beklagten in die Lage deſſen, der die Einlaſſung aus Ungehorſam ablehnt (§. 173). Das hier beſchriebene Verfahren wird mit dem Ausdruck sumere iudicem bezeichnet. Bey Recuperatoren ſcheint in dieſem Fall jede Partey einen oder mehrere bezeichnet, und dann der Magiſtrat ebenfalls einen als Obmann ernannt zu haben[gg]). Aber es gab neben dem sumere iudicem (oder recuperatores) noch eine andere Verfahrungsart: das reiicere; dieſe beſtand darin, daß der

---

verloren gieng, ſchreiben konnte, wenn alle Richter aus dem Album genommen wurden, ſo iſt auch dieſes Argument ohne Kraft. Denn alle die Momente, die Plinius erwähnt, auch die electio, mit der ſich natürlich keine reiectio von Seiten des Wählenden verträgt, können bey den aus dem Album genommenen Richtern vorkommen, wie ſich aus dem im Text Folgenden ergeben wird.

ee) Dieſes Princip ſpricht die ſchon früher angeführte Stelle des Cicero aus: neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset Cic. pro Cluent. 43. — Auf jene Uebereinkunft, die wenn ſie ſchon vor dem Proceß erfolgte, mit einer Strafſtipulation bekräftigt ward, bezieht ſich die von Feſtus (v. procum) mitgetheilte Bedingung der letzteren: si alium procas nive eum procas (sc. C dare spondes?) Vgl. Rudorff, Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſ. XIII S. 197 Note 34.

ff) Cic. de orat. II. 70. Verr. III. 60.

gg) Huschke de recup. l. c. p. 245 sqq.

Prätor eine Anzahl von Richtern proponirt, von denen jede Partey eine gleiche Zahl rejiciren konnte, aus den übrigen ernannte der Prätor das Gericht[hh]). In der dritten Periode iſt der Einfluß der Magiſtrate auf die Conſtituirung des Gerichts erhöht, man entfernte ſich mehr und mehr von jenem älteren Princip, das Cicero in der (Note ee) angeführten Stelle ausſpricht; wahrſcheinlich iſt dieß ſchon durch die Geſetze Auguſt's über die Gerichte geſchehen. Noch immer können die Parteien über einen Richter übereinkommen, und dieſen giebt dann der Prätor (iudicem addicit)[ii]), das Recht des Klägers einen Richter zu wählen ſcheint noch in einigen Fällen vorgekommen zu ſeyn[kk]), in der Regel aber gieng die Wahl aus den iudices selecti von dem Magiſtrat aus, der dabey, damit nicht die zum Richteramt Berufenen allzuungleich belaſtet würden, ohne Zweifel eine Reihenfolge in der Zuweiſung der Rechtsſachen beobachtete[ll]). Die Parteien behielten nur das Recuſationsrecht. Daß der namentliche Vorſchlag durch die Parteien als Regel weggefallen war, zeigt ein Reſcript Hadrian's, nach welchem gerade ein namentlich erbetener Richter nicht ohne beſondere Genehmigung des Princeps gegeben werden ſollte[mm]).

Am Ende der dritten Periode kommt in mehreren Stellen zur Bezeichnung der Richter, von denen hier die Rede war,

---

hh) Cic. Verr. III. 11. 13. 60.

ii) L. 80 D. de iudic. (5, 1).

kk) Quintil. inst. or. V. 6: — sicut nec optio iudicis adversario est permittenda, nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus. Plin. hist. nat. I: — plurimum refert, sortiatur aliquis iudicem an eligat.

ll) Wie bey den Decurionen ein Turnus in Beziehung auf die Munera überhaupt ſtattfand.

mm) Observandum est, ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petat, id enim iniqui exempli esse, D. Hadrianus rescripsit, nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur L. 47 D. de iudic. (5, 1).

der Ausdruck iudex pedaneus vor[nn]). Dieſer Name, welcher der claſſiſchen Terminologie fremd iſt, wurde ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß für die Magiſtrate ſelbſt der Name iudex immer gewöhnlicher geworden war; wie nun die Decurionen, die keinen Magiſtrat bekleidet hatten, pedanei genannt wurden (Bd. I §. 58 Note d), ſo iſt daſſelbe Beiwort auf die beſtellten Richter übertragen worden, um ſie von den „iudices“, welche Magiſtrate ſind, zu unterſcheiden[oo]).

C. Die Parteien.

CLV. Die Aufgabe der Parteien iſt es, die Anträge vor Gericht, in iure und in iudicio, zu ſtellen, wodurch ſie daſſelbe zur Thätigkeit und zum Schutz ihrer Rechte auffordern, überhaupt und in Beziehung auf alle einzelnen Handlungen, die von dem Magiſtrat oder dem Richter zu dieſem Zweck erwartet werden. Dieſe Thätigkeit der Parteien heißt in der alten Rechtsſprache orare, perorare, ſpäter postulare, insbeſondere wird die Stellung der Anträge vor dem Magiſtrat mit dieſem Wort bezeichnet[a]).

Ihre Anträge, mit denen zugleich eine dieſelben begründende Ausführung verbunden ſeyn kann, konnte die Partey ſelbſt ſtellen, oder ſich dazu des Organs eines Andern bedienen, und in beiden Fällen wurden auch wohl noch andere Perſonen zugezogen, um der Sache durch ihr Anſehen, ihren Rath

---

nn) Ulpian. L. 4 D. de tutor. dat. (26, 5): Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest. L. 3 §. 1 D. ne quis eum (2, 7) L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1) Paul. sent. V. 28, 1. Dioclet. L. 2 C. de pedan. iud. (3, 3). Die Griechen gebrauchen dafür das Wort χαμαιδικαστής. Vgl. z. B. Theophil. paraphr. IV. 15 pr.

oo) Dieß iſt auch die Anſicht Hollweg's, Handbuch I S. 141.

a) Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere L. 1 §. 2 D. de postulando (3, 1).

und die Geſchicklichkeit der Rede förderlich zu ſeyn. Der Prätor hat einen eigenen Abſchnitt in ſeinem Edict über die Perſonen, denen das Poſtuliren geſtattet iſt oder nicht[b]). Gewiſſen Perſonen hat er das Poſtuliren gänzlich verſagt, dieß ſind die minores decem et septem annis und die gänzlich Gehörloſen, die daher einen Fürſprecher haben müſſen; andern verſtattet er für ſich, aber nicht für Andere zu poſtuliren (als Fürſprecher): Frauensperſonen, Blinden, gewiſſen Infames; noch andere endlich können für ſich und für gewiſſe andere Perſonen (mit denen ſie durch beſondere Pietätsverhältniſſe verbunden ſind) poſtuliren: alle Infames außer den in die zweite Claſſe gehörigen, und die durch beſondere Geſetze auf dieſe Weiſe beſchränkt ſind. Von dem Recht zu poſtuliren iſt übrigens das Recht vor Gericht zu erſcheinen unterſchieden: Kinder und Wahnſinnige können wegen ihrer vollſtändigen Handlungsunfähigkeit überhaupt nicht als bey irgend einer Handlung gegenwärtig betrachtet werden, alſo kann bey ihnen von einem Poſtuliren nicht einmal durch einen Fürſprecher die Rede ſeyn.

In Beziehung auf die Unterſtützung, die den Parteien durch Andere im Proceß gewährt wird, werden in der zweiten Periode zwey Claſſen von Perſonen unterſchieden: 1) die advocati, welche durch ihren rechtlichen Rath, und, indem ſie die Partey vor Gericht begleiteten, ohne übrigens in die Verhandlungen ſelbſt einzugreifen, durch ihr Anſehen behülflich waren; 2) die oratores oder patroni, welche als Fürſprecher auftraten, die Anträge ſtellten, oder in iudicio die Sache verfochten[c]). In der dritten Periode dagegen iſt der Name advocatus auf dieſe letzteren übergegangen, ſo daß advocatus, causidicus, patronus gleichbedeutende Ausdrücke

---

b) Dig. III. 1: de postulando; 2: de his qui notantur infamia.

c) Schol. ad Cic. divin. §. 11 (Orell. p. 104): Qui defendit alterum in iudicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico —.

geworden ſind; das Geſchäft des advocatus im älteren Sinn iſt weggefallen, denn die angeſehenen iurisconsulti erſchienen nicht ſelbſt vor Gericht, ſondern ertheilten ihre Reſponſa ſchriftlich, und die Thätigkeit der Rechtskundigen (pragmatici), welche den Rednern beigeſellt wurden, um ſie auch während der Verhandlungen ſelbſt mit ihren juriſtiſchen Kenntniſſen zu unterſtützen und anzuleiten, war dem Beruf der alten advocati kaum zu vergleichen[c*]. — Die Lex Cincia 550 fand es nothwendig, die Annahme von Belohnungen für die Unterſtützung einer Partey als Patronus zu unterſagen: ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat[d]). Schon damals war es gewöhnlich geworden, den Rednerberuf um des eignen Vortheils willen zu üben, das Geſetz verbot nur ſeine Ausübung um Geldgewinn, unter den Imperatoren war dieſer der einzige äußere Lohn, welcher zu hoffen war, die Aufrechthaltung des Verbots würde ihn nur geſteigert haben, das Zweckmäßigſte war, ihn mit geſetzlicher Beſchränkung zuzulaſſen[e]).

CLVI. Durch die Zuziehung eines Advocaten wird das Subject des Proceſſes nicht verändert, aber die eigentlichen Parteien können in der Führung des Proceſſes ſelbſt von Andern vertreten werden. Während der Advocat nur das Organ

c*) So beſeitigt ſich wohl das Bedenken, welches Rudorff (Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XIII S. 59 ff.) gegen das Verſchwinden der alten advocatio erhoben und durch mehrere Quellenzeugniſſe unterſtützt hat.

d) Tac. annal. XI. 5. XIII. 42. Liv. XXXIV. 4.

e) Das höchſte Maß war für eine einzelne Rechtsſache 10000 Seſterze, 100 Aurei Tac. annal. XI. 6. 7. Sueton. Nero 17. Plin. ep. V. 21. Ulpian. L. 1 §. 10—13 D. de extrao. cogn. (50, 13): in honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dum modo licitum honorarium quantitas non egrediatur.

der Partey iſt, die den Proceß führt, übernimmt der Stellvertreter (Procurator ꝛc.) die Proceßführung ſelbſt an der Stelle des Klägers oder Beklagten, ſo daß dieſe letzteren bey dem Verfahren gar nicht in Thätigkeit treten[a]).

Die Möglichkeit, ſeine Proceſſe durch einen Andern führen zu laſſen, war urſprünglich ſehr beſchränkt. Dieſe Beſchränkung lag in der Form des älteſten Verfahrens ſelbſt. Die feierlichen Worte, die bey der Legis Actio vorgeſchrieben waren, ſind von der Beſchaffenheit, daß der Kläger ſich ſelbſt das Recht, das er geltend machte, zuerkennen mußte, eben ſo mußte der Beklagte das Subject ſeyn, gegen das der Anſpruch gerichtet war; daher war eine Stellvertretung nicht denkbar, bey der man fremde Anſprüche verfolgt, fremde Verbindlichkeiten läugnet[b]). Doch konnte man nicht umhin gewiſſe Ausnahmen zuzulaſſen[c]): es konnte pro populo ein Stellvertreter

a) Gai. IV. 82—87. 97—101. Paul. sent. I. 2: de cognitoribus. 3: de procuratoribus. Fragm. vatic. de cognitoribus et procuratoribus §. 317 sqq. Dig. III. 3: de procuratoribus et defensoribus. 4: quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. Bethmann-Hollweg über Repräſentation im Proceß, Verſuche 1827 S. 138—249.

b) Nemo alieno nomine lege agere potest L. 123 pr. D. de R. I. (50, 17).

c) Gai. IV. 82. pr. I. de his per quos ag. poss. (4, 10). (Der heres konnte (als Repräſentant des Erblaſſers) klagen: id, quod defuncti fuit, suum esse, id, quod defuncto debebatur, dari sibi oportere. Gai. IV. 34. Ehe dieſe Repräſentation anerkannt war, (Ihering, Abhandlungen (1844) S. 185 f.) half man durch Adſtipulatoren und Adpromiſſoren, die überhaupt als ein Surrogat der Procuratur für die Zeit der Legis Actiones betrachtet werden können. So erklärt ſich wenigſtens am natürlichſten die Zuſammenſtellung mit den Advocaten (Cic. Pis. 9. advocato aut adstipulatore), ferner die blos perſönliche Berechtigung und Verpflichtung (Gai. IV. 113), endlich die gewerbliche Natur der Adſtipulation (Auct. ep. ad Octav. — esse quendam, cuius avus fuerit argentarius, astipulator pater; uterque vero precarium quaestum fecerit). Durch die Zulaſſung von Stellvertretern

handeln, d. h. ein Recht des Staats oder einer Gemeinde konnte von einem Bevollmächtigten oder ſonſt dazu Berechtigten verfolgt werden, ferner pro libertate, da wenn über die Freiheit einer Perſon geſtritten ward, dieſe ſelbſt, deren Freiheit angefochten wurde, nicht als proceßführende Partey auftreten konnte, indem ſie der Gegenſtand des Rechtsſtreits war [d]). Eine Lex Hoſtilia machte eine Ausnahme zu Gunſten derer, die in feindlicher Gefangenſchaft oder reipublicae causa abweſend, oder deren Tutoren in dieſem Falle ſeien, für die actio furti, die ſtatt ihrer von einem Stellvertreter ſollte angeſtellt werden können; eine ähnliche Ausnahme für eine gewiſſe Klage machten die leges repetundarum (calpurnia, iunia, servilia), indem ſie für den Civilanſpruch gegen den Angeklagten eine legis actio gaben, die durch einen von den Verletzten beſtellten legis actor (einen römiſchen Bürger) durchgeführt wurde [e]). Die Zwölf Tafeln ferner enthielten die Vorſchrift, daß die auf den höchſten Grad der Körperverletzung geſetzte Talio, durch deren Androhung der Thäter zur unbedingten Abfindung mit dem Verletzten gezwungen wurde, von dem nächſten Agnaten des letzten geſucht werden ſolle [f]). Ohne Zweifel geſchah dieß im Weg einer legis actio, ſo daß auch dieſer Fall den angeführten Ausnahmen ſich anreiht. Endlich wird eine von Gaius übergangene, von den juſtinianiſchen Inſtitutionen aus einer anderen Schrift nachgetragene Ausnahme ſo bezeichnet, daß pro tutela eine legis actio von einem

im Proceß verſchwand die Adſtipulation bis auf den Fall bei Gai. III. 117: cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. R.)

d) Fragm. Vat. §. 324 wird die adsertio (bey der liberalis causa) mit der cognitura zuſammengeſtellt. In der älteſten Sprache heißt der Aſſertor vindex, er kommt nicht bloß bey dem Streit über die Freiheit, ſondern auch zur Abwendung der Folgen der Manus Injectio vor, §. 162.

e) Klenze fragm. leg. servil. p. XII.

f) Cato bey Priſcian VI. (p. 710 Putsch.)

Stellvertreter ſtatthaft ſey. Theophilus in ſeiner Paraphraſe der Inſtitutionenſtelle erklärt dieß von einem Streit über die Tutel unter mehreren Prätendenten. Man pflegt dieſe Erklärung als abſurd zu verwerfen, es könnte ihr indeſſen, ſo ungeſchickt er ſie ausgeführt hat, eine ſichere Nachricht zu Grunde liegen. Die geſetzliche Tutel über Frauen konnte in iure cedirt werden (Gai. I. 168), ſie war alſo ein Gegenſtand der Vindication. Bey dieſem Rechtsſtreit fand man es nöthig, die Vertretung eines perſönlich verhinderten Berechtigten zuzulaſſen. Noch mehr war man dazu veranlaßt, wenn es ſich um in iure cessio (auch eine Legis Actio) handelte, die vielleicht gerade darum als Bedürfniß erſchien, weil der legitimus tutor verhindert war, der Frau den Beiſtand zu leiſten, deſſen ſie bedurfte, ein Hinderniß, das ihn auch abhalten konnte, in eigener Perſon jene Legis Actio vorzunehmen[g]).

---

g) S. über die verſchiedenen Meinungen die Noten zu Theoph. von Reitz, und Zimmern röm. Civilpr. §. 155 a. E. Hält man die Erklärung des Theophilus lediglich für ſeine eigene Erfindung, ſo würde ſich, wie ich glaube, folgende rechtfertigen laſſen. Die Vormundſchaft tritt in dem älteſten Recht als eine potestas auf, ſie machte den Vormund zum rechtlichen Subject des Vermögens und ſetzte ihn dadurch in den Stand, Proceſſe durch L. A. zu führen, ohne daß darin formell eine Stellvertretung lag. Später wurde die Stellung des Vormunds reducirt auf administratio und, bey Tutoren, auf auctoritas, mit welcher der Pupill die L. A. ſelbſt vornahm (Gai. I. 184). Für die Fälle nun, wo dieſer letztere Weg nicht eingeſchlagen werden konnte, fand man es nöthig, die Folge des alten Princips als Ausnahme beizubehalten, und dieß wären dann die Fälle der legis actio pro tutela geweſen, ſo daß hier dieſer Ausdruck ſo viel als kraft der Tutel bedeutete. Man kann aber auch noch folgenden Fall hierher ziehen. Wenn jemand durch einen Andern klagen wollte, konnte er dieß ſchon zur Zeit der ausſchließlichen Herrſchaft der Legis Actiones dadurch ins Werk ſetzen, daß er demſelben das Recht, z. B. das Eigenthum, das er verfolgen wollte, übertrug (namentlich durch In Iure Ceſſio), mit der Verpflichtung, das Empfangene zurückzugewähren. Dieß hieß in tutelam dare. Ein Beiſpiel giebt die Uebertragung des geſammten Vermögens auf den familiae emtor, auf daß es in ſeiner „mandatela

Bey dem neueren Verfahren durch formulae lag in der Form kein Hinderniß mehr für die Proceßführung durch Stellvertreter. Denn in der Formel kann einem Andern das geltend gemachte Recht oder, bey dem Beklagten, die Haftung zugeſchrieben, auf oder gegen einen Andern das Ziel des Proceſſes, das Urtheil des Richters (Condemnation oder Abſolution) geſtellt werden, indem z. B. der Richter angewieſen wird, den Beklagten in das, was er dem A ſchuldet, dem Stellvertreter des A, oder in das, was A dem Kläger ſchuldet, den für A den Proceß führenden Stellvertreter zu condemniren (§. 166). Mit dieſer allgemeinen Möglichkeit iſt indeſſen keineswegs eine Begünſtigung der Repräſentation verbunden, das alte Recht hatte den bedeutenden materiellen Vortheil gehabt, daß es die Parteien nöthigte, ſelbſt vor Gericht zu erſcheinen, was der Ermittelung der Wahrheit vortheilhaft war, man konnte nicht geneigt ſeyn, dieſen Vortheil durch eine zu weit getriebene Erleichterung der Repräſentation gänzlich aufzugeben. Eine Beſchränkung ließ der Prätor dadurch eintreten, daß er gewiſſen Perſonen unterſagte, ſich vertreten zu laſſen, nämlich den Infames, welche die ungünſtige Stellung, worein ſie ihre Ehrenminderung verſetzte, nicht durch Vorſchiebung eines Andern ſollten verbeſſern können[h]). Sodann können gewiſſe Perſonen nicht Stellvertreter ſeyn: Frauensperſonen[i]),

---

tutela custodelaque" ſey, bey dem testamentum per aes et libram in ſeiner älteſten Geſtalt (Gai. II. 104). Dieſer familiae emtor hatte das Vermögen an die, denen der Teſtator es zudachte, zu vertheilen; er ſelbſt war nicht Erbe, aber er vertrat den Teſtator vermöge der ihm überlaſſenen tutela auch in Proceſſen, die um die Güter für die Austheilung zuſammenzubringen, geführt werden mußten.

h) Gai IV. 124. Fragm. vat. §. 322. 323. §. ult. I. de except. (4, 13). Umgekehrt iſt in einem Geſetz der vierten Periode höheren Staatsbeamten geboten worden, daß ſie ihre Proceſſe durch Stellvertreter führen, damit ſie nicht durch ihr perſönliches Erſcheinen die Unbefangenheit der Gerichte beeinträchtigen möchten L. 25 C. de procur. (2, 13). *i*) Der Prätor erlaubt es causa cognita, wo eine ſittliche

ebenſo Soldaten[k]), Infames, ſoweit ſie nicht poſtuliren können[l]). Von den Imperatoren wurde verboten, angeſehenen und mächtigen Perſonen zum Nachtheil des Gegners, der ihnen gegenüber in eine ungünſtigere Lage kommt, die Führung der Proceſſe zu übertragen[m]). Eine dritte Beſchränkung endlich liegt in der Stellung, welche der Repräſentant dem Recht nach hat; die Stellvertretung ſelbſt nämlich iſt keineswegs überall eine ſo vollkommene, daß die Handlungen des Repräſentanten ihrer Wirkung nach ſo betrachtet würden, als hätte ſie der Dominus ſelbſt vorgenommen. In dieſer Beziehung aber iſt ein Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Arten von Stellvertretern.

Stellvertreter kann jemand ſeyn vermöge eines Auftrags von Seiten der eigentlichen Partey (des Dominus), ſolche ſind die cognitores und procuratores, oder vermöge eines Amts, ſolche ſind die tutores und curatores, die durch ihre Beſtellung als Vormünder auch zur Führung der Proceſſe ihrer Mündel berufen ſind[n]), und die actores für Municipien und andere juriſtiſche Perſonen, endlich iſt ein Stellvertreter auch ohne Auftrag und Amt möglich.

Pflicht ſie dazu antreibt L. 41 D. de procur. (3, 3) L. 2 §. 3 D. de lib. causa (40, 12); ausgenommen iſt auch der Fall, wo ſie das Recht eines Andern in eigenem Intereſſe und für eigene Rechnung geltend zu machen haben Paul. sent. I. 2, 2. *k*) L. 8 §. 2 D. de procur. (3, 3).

l) Paul. sent. I. 2, 1. Fragm. vat. §. 324. Es iſt dieß eine Ausdehnung der Unfähigkeit zu poſtuliren auf ein anderes Rechtsinſtitut, aber eine ganz nahe ſich darbietende, wenn das beiden gemeinſchaftliche Moment des Auftretens für einen Andern hervorgehoben wird. Juſtinian hat die Unfähigkeit der Infamen, als Stellvertreter zu fungiren aufgehoben §. ult. I. de except. (4, 13). Die zu poſtuliren hat er beibehalten, was ſich aus der Ausbildung der Advocatur zu einem öffentlichen Amt erklärt.

m) Cod. II. 14: ne liceat potentioribus patrocinium ligitantibus praestare vel actiones in se transferre. II. 18: ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.

n) Vergl. über das Recht zur Zeit der Legis Actiones Note g.

Cognitor iſt der Stellvertreter, welcher in Gegenwart des Gegners für dieſen Rechtsſtreit beſtellt wird, z. B. von Seiten des Klägers: quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do, von Seiten des Beklagten: quod tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do. Es ſind certa und quasi sollemnia verba, durch welche die Beſtellung geſchieht[o]), doch nicht in dem Sinn, daß die einzelnen Ausdrücke genau beibehalten werden müßten, daher die Beſtellung auch in griechiſcher Sprache geſchehen kann[p]). Das Weſentliche iſt, daß die Beſtellung für dieſen Rechtsſtreit ſelbſt und ſpeciell — in litem, in eam rem[q]), und coram adversario geſchehe, der Beſtellte ſelbſt kann abweſend ſeyn. Dieſe förmliche Beſtellung bewirkt nun, daß der Cognitor wirklich in locum domini ſubſtituirt, und domini loco iſt, ſo daß ſeine Proceßführung für und gegen den Dominus alle die Wirkungen hat, wie wenn dieſer ſelbſt gehandelt hätte. Seine Rechtsſache wird von dem Cognitor anhängig (res in iudicium deducitur) und von dem Ausgang des Proceſſes abhängig gemacht, er muß die Proceßführung des Cognitor wie ſeine eigene gegen ſich gelten laſſen, er kann nicht wieder klagen (§. 172. 175); wird der Gegner condemnirt, ſo hat er, der Dominus, die actio iudicati gegen ihn, und ebenſo kann er mit dieſer Klage belangt werden, wenn der Cognitor, den er (als Beklagter) beſtellt hat, condemnirt worden iſt. Nur in

---

o) Gai. IV. 83. 97. *p*) Vat. fragm. §. 318. 319.

q) Doch braucht die Klage nicht namentlich bezeichnet zu ſeyn, es iſt eine gültige Beſtellung, wenn geſagt wird: quod ego tecum agere volo (quando tu mecum agere vis) in eam rem cognitorem do Gai. IV. 83. Huſchke (Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. XIII S. 306 ff.) will dieſe Formel auf einen vor der Erhebung des Rechtsſtreits, die oben im Text ſtehende auf einen nach der Litisconteſtation gegebenen Cognitor beziehen. Es darf indeſſen bezweifelt werden, ob ein Cognitor jemals nach der L. C. gegeben worden iſt, und, wenn dieß geſchehen wäre, ob das peto jener Formel von einer durch das erſte Stadium des Verfahrens ſchon hindurchgeführten Sache verſtanden werden muß.

ebenſo Soldaten[k]), Infames, ſoweit ſie nicht poſtuliren können[l]). Von den Imperatoren wurde verboten, angeſehenen und mächtigen Perſonen zum Nachtheil des Gegners, der ihnen gegenüber in eine ungünſtigere Lage kommt, die Führung der Proceſſe zu übertragen[m]). Eine dritte Beſchränkung endlich liegt in der Stellung, welche der Repräſentant dem Recht nach hat; die Stellvertretung ſelbſt nämlich iſt keineswegs überall eine ſo vollkommene, daß die Handlungen des Repräſentanten ihrer Wirkung nach ſo betrachtet würden, als hätte ſie der Dominus ſelbſt vorgenommen. In dieſer Beziehung aber iſt ein Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Arten von Stellvertretern.

Stellvertreter kann jemand ſeyn vermöge eines Auftrags von Seiten der eigentlichen Partey (des Dominus), ſolche ſind die cognitores und procuratores, oder vermöge eines Amts, ſolche ſind die tutores und curatores, die durch ihre Beſtellung als Vormünder auch zur Führung der Proceſſe ihrer Mündel berufen ſind[n]), und die actores für Municipien und andere juriſtiſche Perſonen, endlich iſt ein Stellvertreter auch ohne Auftrag und Amt möglich.

Pflicht ſie dazu antreibt L. 41 D. de procur. (3, 3) L. 2 §. 3 D. de lib. causa (40, 12); ausgenommen iſt auch der Fall, wo ſie das Recht eines Andern in eigenem Intereſſe und für eigene Rechnung geltend zu machen haben Paul. sent. I. 2, 2. *k*) L. 8 §. 2 D. de procur. (3, 3).

l) Paul. sent. I. 2, 1. Fragm. vat. §. 324. Es iſt dieß eine Ausdehnung der Unfähigkeit zu poſtuliren auf ein anderes Rechtsinſtitut, aber eine ganz nahe ſich darbietende, wenn das beiden gemeinſchaftliche Moment des Auftretens für einen Andern hervorgehoben wird. Juſtinian hat die Unfähigkeit der Infamen, als Stellvertreter zu fungiren aufgehoben §. ult. I. de except. (4, 13). Die zu poſtuliren hat er beibehalten, was ſich aus der Ausbildung der Advocatur zu einem öffentlichen Amt erklärt.

m) Cod. II. 14: ne liceat potentioribus patrocinium ligitantibus praestare vel actiones in se transferre. II. 18: ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.

n) Vergl. über das Recht zur Zeit der Legis Actiones Note g.

Cognitor iſt der Stellvertreter, welcher in Gegenwart des Gegners für dieſen Rechtsſtreit beſtellt wird, z. B. von Seiten des Klägers: quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do, von Seiten des Beklagten: quod tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do. Es ſind certa und quasi sollemnia verba, durch welche die Beſtellung geſchieht[o]), doch nicht in dem Sinn, daß die einzelnen Ausdrücke genau beibehalten werden müßten, daher die Beſtellung auch in griechiſcher Sprache geſchehen kann[p]). Das Weſentliche iſt, daß die Beſtellung für dieſen Rechtsſtreit ſelbſt und ſpeciell — in litem, in eam rem[q]), und coram adversario geſchehe, der Beſtellte ſelbſt kann abweſend ſeyn. Dieſe förmliche Beſtellung bewirkt nun, daß der Cognitor wirklich in locum domini ſubſtituirt, und domini loco iſt, ſo daß ſeine Proceßführung für und gegen den Dominus alle die Wirkungen hat, wie wenn dieſer ſelbſt gehandelt hätte. Seine Rechtsſache wird von dem Cognitor anhängig (res in iudicium deducitur) und von dem Ausgang des Proceſſes abhängig gemacht, er muß die Proceßführung des Cognitor wie ſeine eigene gegen ſich gelten laſſen, er kann nicht wieder klagen (§. 172. 175); wird der Gegner condemnirt, ſo hat er, der Dominus, die actio iudicati gegen ihn, und ebenſo kann er mit dieſer Klage belangt werden, wenn der Cognitor, den er (als Beklagter) beſtellt hat, condemnirt worden iſt. Nur in

---

o) Gai. IV. 83. 97. *p*) Vat. fragm. §. 318. 319.

q) Doch braucht die Klage nicht namentlich bezeichnet zu ſeyn, es iſt eine gültige Beſtellung, wenn geſagt wird: quod ego tecum agere volo (quando tu mecum agere vis) in eam rem cognitorem do Gai. IV. 83. Huſchke (Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. XIII S. 306 ff.) will dieſe Formel auf einen vor der Erhebung des Rechtsſtreits, die oben im Text ſtehende auf einen nach der Litisconteſtation gegebenen Cognitor beziehen. Es darf indeſſen bezweifelt werden, ob ein Cognitor jemals nach der L. C. gegeben worden iſt, und, wenn dieß geſchehen wäre, ob das peto jener Formel von einer durch das erſte Stadium des Verfahrens ſchon hindurchgeführten Sache verſtanden werden muß.

einem Punkt iſt hier eine Beſchränkung, welche die Stellvertretung erſchwert: wer als Beklagter einen Cognitor ſtellt, muß für ihn Caution durch Bürgen wegen Leiſtung deſſen geben, in das er condemnirt werden würde, satisdatio iudicatum solvi, auch wo er in eigner Perſon den Proceß übernehmend dazu nicht verpflichtet wäre [r]).

Bey allen andern Stellvertretern iſt der Grund ihrer Repräſentanteneigenſchaft dem Proceß ſelbſt an ſich ganz fremd, ſie ſind nicht in litem ernannt in dem Sinn, daß ihre Beſtellung als eine vorbereitende Proceßhandlung betrachtet werden könnte, wenn ſie auch vielleicht für dieſe beſtimmte Lis (in litem in dieſem Sinn) beſtellt ſind. Die Beſtellung eines Tutors oder Curators, eines Actors, der Auftrag, wodurch jemand zum Procurator gemacht wird, der Entſchluß, den jemand faßt, ſich der Angelegenheiten eines Andern ohne Auftrag anzunehmen, iſt kein Act, der in irgend einer Hinſicht ein Beſtandtheil des zu erhebenden Proceſſes, eine proceſſualiſche Handlung genannt werden könnte. Am nächſten lag die Zulaſſung der Actores, die ja ſchon im älteſten Proceß verwilligt war; auch bey den Vormündern kamen Fälle dringenden Bedürfniſſes vor, ſie von der Möglichkeit der Stellvertretung Gebrauch machen zu laſſen; ein bedeutender Schritt aber gehörte dazu, um jemanden ſchlechtweg auf den Grund eines erhaltenen Auftrags die Proceßführung im Namen eines Andern zu geſtatten, und den Gegner zu nöthigen, ſich mit demſelben einzulaſſen. Dieſer Schritt geſchah, als die Umſtände dazu nöthigten, indem die Entfernung der Parteien von einander die Beſtellung eines Cognitor oftmals verhinderte, vielleicht anfangs ſo daß der Prätor für die Zulaſſung eines Procurators ſich eine causae cognitio vorbehielt, bald aber mit allgemeiner Geſtattung. Der Auftrag hat durchaus nicht den Charakter der wirklichen Conſtituirung eines Stellvertreters, er iſt viel-

---

r) Gai. IV. 101. Vat. fragm. §. 317.

mehr nur das Motiv der Zulaſſung deſſelben, in Beziehung auf welches nicht einmal ein ſofortiger Beweis gefordert wird[s]). War man einmal ſo weit gegangen, ſo ließ ſich wohl behaupten, auch ohne Mandat ſey jemand zuzulaſſen, wenn er ſich nicht böslicher Weiſe, ſondern in guter Abſicht der fremden Sache annehmen wollte. Am unbedenklichſten iſt dieß bey der Uebernahme einer Klage für den Beklagten (als defensor im eigentlichen Sinn), und hier war es zugleich ein dringendes Bedürfniß wegen der Nachtheile, die dem abweſenden oder ſonſt verhinderten indefensus drohten[t]); auch die Möglichkeit einer Klage ohne Vollmacht wird im allgemeinen vorausgeſetzt, aber wirklich nur unter beſonderen Umſtänden, namentlich für nahe verbundene Perſonen, zugelaſſen[u]).

Da nun bey allen dieſen Stellvertretern der Dominus über den Proceß gar nicht in verbindlicher und proceſſualiſcher Weiſe disponirt hat, ſo wird er 1) durch die Klage des Procurator ꝛc. nicht gehindert, ſein Recht, wie wenn jener nicht geklagt hätte, geltend zu machen, ſein Recht iſt nicht in iudicium deducirt, der Gegner kann ſich nicht auf den Auftrag berufen, da dieſer etwas ganz außerhalb des Proceſſes liegendes und nur zwiſchen dem Mandanten und Mandatar von Wirkung iſt, er iſt daher nicht ſicher, daß der Dominus die Handlungen des Procurators wie die ſeinigen gelten laſſen wird. Der Gegner kann daher von dem Procurator Sicherheit gegen die Nichtanerkennung des Proceſſes und ſeines Erfolgs durch den Dominus fordern, dieſe Caution leiſtet der Procurator durch die satisdatio ratam rem haberi, wodurch Erſatz des Nachtheils oder

s) Gai. IV. 84: — saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur.

t) L. 33 §. 2 D. de procur. (3, 3): publice utile est absentes a quibuscunque defendi —. L. 1 D. de negotiis gestis (3, 5): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc. S. unten §. 160.

u) Gai. IV. 84. L. 35 pr. 40 §. 4 D. de procur. (3, 3) L. 3 §. 3 D. iudic. solvi (46, 7). L. 6 §. 12 L. 8 pr. D. de neg. gest. (3, 5).

auch eine beſtimmte Summe von ihm und den Bürgen verſprochen wird, im Fall der Dominus irgendwie die Proceßführung deſſelben nicht genehmigen würde[v]). Daſſelbe gilt von den Tutoren und Curatoren, nur wurde dieſen ſchon zu Gaius Zeit zuweilen die satisdatio de rato erlaſſen[w]). Dagegen hat 2) der Dominus auch kein unmittelbares Recht aus der Proceßführung des Procurators ꝛc. Iſt der Gegner dieſem condemnirt, ſo hat nicht der Dominus die actio iudicati, ſondern der Procurator, an den ſich der Dominus kraft des unter ihnen beſtehenden Verhältniſſes halten muß[x]). Tritt endlich 3) für den Beklagten ein ſolcher Repräſentant auf, ſo gilt auch hier daſſelbe Princip. Wird er condemnirt, ſo kann die actio iudicati nur gegen ihn, nicht gegen den Dominus angeſtellt werden, der Repräſentant muß die satisdatio iudicatum solvi leiſten[y]). So war alſo die Repräſentation außer der Cognitur nur eine höchſt unvollkommene, wovon vielleicht nur der Fall eines Actor auszunehmen iſt, der ſchon früh, wenn kein Zweifel an ſeiner wirklichen Beſtellung obwaltete, vermöge des ſchon zur Zeit der Legis Actiones für ihn geltenden Repräſentationsrechts, dem Cognitor gleichgeſtellt worden zu ſeyn ſcheint[z]). Noch iſt eine Ungunſt gegen Procuratoren zu erwähnen, worin eine Erſchwerung dieſes Verhältniſſes lag, daß nämlich, wer als Procurator für einen Kläger auftrat, alle Klagen gegen ſeinen Dominus, auch von Andern als den von ihm Belangten, als Defenſor zu übernehmen genöthigt wurde[aa]).

Auf die ſo eben beſchriebene unvollkommene Art ließ das

v) Gai. IV. 98: procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est, ne iterum dominus agat, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit etc. Dig. XLVI. 8: ratam rem haberi et de ratihabitione.

w) Gai. IV. 99. x) Vat. fragm. §. 317.

y) Vat. fragm. §. 317. Gai. IV. 101.

z) L. 6 §. 3 D. quod cuiusc. univ. (3, 4) — „ex edicto“ —.

aa) Vat. fragm. §. 330. L. 33 §. 3 D. de procur. (3, 3).

prätoriſche Edict Stellvertreter außer den Cognitores zu. Noch das unter Hadrian redigirte Edict ging nicht über jene Grundſätze hinaus, die auch Gaius mit geringen Milderungen (Note w) als geltendes Recht vorträgt. Von da an veränderte ſich das Recht, indem man weniger Gewicht auf den formellen und proceſſualiſchen Act, durch welchen der Cognitor beſtellt wird, als auf die Exiſtenz und Sicherheit der Vollmacht legte. Während früher durch jenen Umſtand die Cognitur von allen andern Stellvertretungen in ihrer Wirkung geſchieden wurde, ſtellte man jetzt dieſes materielle Princip als Richtſchnur für die Wirkſamkeit der Repräſentation auf. Dem zu Folge hat ſich nnn die Sache ſo geſtaltet: 1) In iudicium deducirt wird das Rechtsverhältniß, welches den Gegenſtand des Proceſſes ausmacht, von jedem, der durch einen Auftrag oder ein Amt zur Proceßführuug für einen Andern berufen iſt, alſo auch durch Procuratoren und Vormünder, nur vorausgeſetzt, daß ſie dieß wirklich ſind[bb]), und dieſelbe Wirkung hat eine nachfolgende Ratihabition[cc]). Der Dominus muß die Proceßführung des Repräſentanten gegen ſich gelten laſſen, er kann die Klage ſo wenig wiederholen, wie wenn er ſie ſelbſt angeſtellt hätte. Die cautio de rato iſt daher nur dann nothwendig, wenn die Vollmacht oder ihre Fortdauer (da ſie ja widerrufen oder durch den Tod des Dominus erloſchen ſeyn könnte) nicht vollkommen gewiß iſt[dd]). Dieß zu beurtheilen, hieng zunächſt von dem

---

bb) Ulp. L. 11 §. 7 D. de exc. rei iud. (44, 2).

cc) Ulp. L. 56 D. de iudic. (5, 1) L. 27 pr. D. de procur. (3, 8).

dd) Von Vormündern L. 23 D. de admin. tut. (26, 7), vom Actor L. 6 §. 3 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), von Procuratoren L. 1 C. de procur. (2, 13): cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Die Conſtitution wird in den Handſchriften dem Pius und dem Jahr 150 zugeſchrieben, da nun Gaius noch das alte Recht aus dem Edict vorträgt, möchte man jene für interpolirt halten (Bethmann-Hollweg Verſuche S. 192). Vielleicht hat aber Gaius, bey ſeiner Darſtellung möglichſt an das Edict ſich anſchließend, unterlaſſen, die zu ſeiner Zeit ſchon

Ermeſſen des Magiſtrats ab, in Beziehung auf den Procurator aber wurde die feſte Regel geltend, daß ein procurator praesentis, d. h. den der Dominus perſönlich vor Gericht erſcheinend als ſeinen Bevollmächtigten erklärt, und ein procurator apud acta factus, d. h. der eine vor Gericht aufgenommene ſchriftliche Vollmacht producirt, von der cautio de rato frey ſeyn, daß ſie wie Cognitoren behandelt werden ſollen[ee]), endlich ward dieſelbe Wirkung einer an den Gegner gerichteten ſchriftlichen Nachricht von der Beſtellung einer gewiſſen Perſon als Procurator nebſt Verpflichtung zur Ratihabition beigelegt[ff]). 2) Die Proceßführung des Tutor ünd Curator verſchafft dem Mündel die actio iudicati, wenn der Gegner, ebenſo aber geht die Klage gegen ihn, wenn der Vormund als Beklagter condemnirt worden iſt[gg]), daſſelbe gilt von dem procurator praesentis, der alſo auch hierin dem Cognitor völlig gleichgeſtellt iſt[hh]). Conſequent mußte man aber dieſe Wirkung dem Auftrag überhaupt beilegen, und dieß geſchah denn auch, nur daß dem Magiſtrat nach Umſtänden eine Verweigerung der Klage des und gegen den Dominus ex iusta causa vorbehalten wurde[ii]). Die Nothwendigkeit der satisdatio iudicatum solvi bey der Repräſentation des Beklagten wurde allgemein beibehalten, nur wurde auch hier der procurator praesentis als Cognitor behandelt, und die Caution daher dem Dominus auferlegt[kk]).

Wir haben geſehen, wie der Einfluß der Proceßführung

---

begonnene Rechtsänderung anzumerken. Dafür ſpricht, daß Pius die neueren Principien entſchieden bey den Vormündern angewendet hat L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

ee) Vat. fragm. §. 317. 333. §. 3 I. de satisd. (4, 11).

ff) Modestin. L. 65 D. de procur. (3, 3).

gg) L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7) u. a.

hh) Vat. fragm. §. 331. 332.

ii) L. 28 D. de procur. (3, 3) L. 86 D. de solut. (46, 3) L. 5 D. de stipul. praet. (46, 5).

kk) Vat. fragm. §. 317. L. 46 §. 2 D. de procur.

auf die Rechte des Dominus ſich bey den verſchiedenen Arten von Stellvertretern verſchieden geſtaltet. Ein anderes iſt die Stellung des Repräſentanten ſelbſt, die von dieſen Unterſchieden zunächſt unabhängig iſt, und von der jetzt noch zum Schluß gehandelt werden ſoll. Welche Wirkungen nämlich auch die Thätigkeit des Repräſentanten für den Dominus haben möge, ſo viel iſt gewiß, daß der Stellvertreter ſelbſt durch ſeine Litis Conteſtatio mit dem Gegner in das Proceßverhältniß, und dieſem als Partey gegenüber tritt (§. 172); es iſt ſein Proceß, der durch ſeine Thätigkeit entſtanden iſt, wodurch auch ſein Eintritt in dieſes Verhältniß veranlaßt ſeyn mag: procurator lite contestata *dominus litis* efficitur[ll]) — litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo iam quodammodo nomine exsequitur[mm]). Dieſes obligatoriſche Verhältniß, in welches der Procurator zur Gegenpartey getreten iſt, hat eine ſelbſtſtändige Natur und hängt nicht von der Dauer des Mandats ab, durch das es veranlaßt iſt, da es ja eben ſo gut auch ohne Mandat hätte entſtehen können[nn]). Hat der Stellvertreter als Beklagter litem conteſtirt, ſo hat er ſich dadurch für die erfolgende Condemnation verpflichtet (er muß ſogar dieſe Verpflichtung noch durch die cautio iudicatum solvi beſtärken), und iſt der actio iudicati unterworfen. Auch wo dieſe nach dem eben dargeſtellten Recht gegen den Dominus angeſtellt werden kann, iſt der Stellvertreter nicht ſchlechthin befreit. Bey

ll) L. 4 §. 5 D. de appell. (49, 1).

mm) L. 11 pr. D. de doli mali exc. (44, 4).

nn) Der Procurator, wenn er einmal litem conteſtirt hat, kommt aus dem Verhältniß nicht durch Widerruf des Mandats, oder durch ſeinen oder den Tod des Dominus, ſo wenig als eine andere in Folge eines Mandats ſchon contrahirte Obligatio dadurch unwirkſam wird. Nur durch Interpoſition des Prätors kann ex iusta causa eine Veränderung bewirkt werden L. 16 — 27 D. de procur. (3, 3). Von Theodoſius und Valentinian wurde eine Ausnahme gemacht für den Tod des Stellvertreters, der Proceß ſoll nicht auf ſeine Erben übergehen L. 7 C. Th. de cognit. et proc. (2, 12).

dem Cognitor iſt dieß der Fall (weßhalb denn auch nicht dieſer, ſondern der Dominus die cautio iudicatum solvi leiſtet), und daſſelbe gilt nach dem ſpäteren Recht von dem procurator praesentis; andern Bevollmächtigten, bey denen die Klage aus ihrer Condemnation und aus ihrer stipulatio iudicatum solvi ebenfalls gegen den Dominus nach den obigen Grundſätzen gegeben wird, iſt eine exceptio doli verwilligt, ſofern ſie ſich dem Gegner nicht noch beſonders ausdrücklich oder ſtillſchweigend zur gleichen Haftung mit dem Dominus anheiſchig gemacht haben [oo].

Damit hängt noch eine andere Folge zuſammen. Nicht alle klagenden Stellvertreter deduciren rem in iudicium, wohl iſt aber dieß der Fall bey einem Kläger, der ſeine Klage gegen einen Stellvertreter anſtellt, von welcher Art dieſer ſeyn möge, auch gegen einen bloßen Defenſor. Indem er ſein Recht gegen dieſen anhängig gemacht hat, hat er den Dominus von dieſer Klage befreit, ähnlich wie wenn er durch einen Contract mit jenem ihn zum Schuldner ſtatt ſeines bisherigen angenommen hätte [pp], er hat vielleicht gegen den Dominus die actio iudicati, wie wenn er gegen ihn geklagt hätte, aber ebenſo wird der Dominus gegen die urſprüngliche Klage, die er gegen ihn wiederholen möchte, geſchützt (ipso iure oder ope exceptionis: rei in iudicium deductae oder rei iudicatae, ſ. unten §. 172. 175), wie wenn er ſelbſt belangt worden wäre [qq]. Dieſe Befreiung iſt im Fall einer abſolutoriſchen Sentenz bei allen Arten von Stellvertretern von Wichtigkeit, bey Defenſoren überdieß auch im Fall einer condemnatoriſchen, wo der Dominus weder

---

oo) Dieß bedeutet der Ausdruck: si se obtulit procurator in L. 61 D. de procur. (3, 3) L. 4. pr. D. de re iud. (42, 1).

pp) L. 11 §. 1 D. de novat. (46, 2): fit autem delegatio (und ebenſo die Expromiſſio, ohne Auftrag des bisherigen Schuldners) aut per stipulationem vel per litis contestationem.

qq) L. 10 §. 1 D. de in rem v. (15, 3) L. 23 D. de solut. (46, 3): solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

mit der alten Klage, noch mit der durch die Condemnation entſtandenen actio iudicati belangt werden kann.

CLVII. Unter den Parteien iſt eine natürliche Ungleichheit, die darin beſteht, daß der Kläger eine Veränderung der bisherigen Zuſtände fordert, der Beklagte derſelben widerſpricht; jener muß, was ihm gebührt, wenigſtens bis zur Entſcheidung entbehren, während dieſer bis dahin, was er vielleicht leiſten muß, behält. Sofern dieſer Umſtand die Quantität des zu Leiſtenden betrifft, indem der Kläger die Nutzung der Zwiſchenzeit entbehrt, der Beklagte ſie zieht, kann die Ungleichheit durch die Condemnation beſeitigt werden, wenn dieſe nicht bloß auf den eigentlichen Gegenſtand, ſondern auch auf jene entgangenen, und auf der andern Seite ohne rechtlichen Grund genoſſenen Vortheile gerichtet wird. Aber jene Ungleichheit betrifft auch die Sicherheit, das was uns gebührt, in Folge einer günſtigen Entſcheidung wirklich zu erlangen, eine Sicherheit, die der Beklagte ſtets hat, der Kläger nicht, es iſt ungewiß, ob er im Fall der Condemnation des Beklagten von dieſem wirklich werde befriedigt werden[a]). Dieſe Ungleichheit kann durch eine Caution gehoben werden, zu deren Leiſtung der Beklagte dem Kläger gleich am Anfang des Proceſſes verpflichtet, und wodurch dieſem die Realiſirung ſeines Anſpruchs verbürgt wird[b]).

Dieſe Caution erſchien (abgeſehen hier von ihrer Nothwendigkeit bey Stellvertretern §. 156) beſonders dann eine Forderung der Gerechtigkeit, wenn eine dingliche Klage gegen

---

a) In Beziehung auf die Koſten, die ihm der Proceß verurſacht, und die der unterliegende Kläger erſetzen muß, ſteht allerdings der Beklagte in dieſer Hinſicht wie der Kläger, deshalb hat Juſtinian eine Caution eingeführt, welche der Kläger dem Beklagten zu leiſten hat. Nov. 96 pr. cap. 1. Nov. 112 cap. 2.

b) Gai. IV. 88—102. Paul. sent. I. 11: de satisdando. Inst. IV. 11: de satisdationibus. Dig. XLVI. 7: iudicatum solvi.

den Beſitzer einer Sache erhoben wird, welche dieſer bis zum Ausgang des Proceſſes behält. Nach älteſtem Recht gab der Prätor einer Partey den Beſitz bis zur Entſcheidung, und ließ ſie der andern praedes litis et vindiciarum ſtellen, Bürgen, durch welche für den Fall des Unterliegens die Herausgabe des Streitobjects (lis) und der Nutzungen der Zwiſchenzeit (vindiciae) garantirt wurde. Dieß wurde übergetragen auf das ſpätere Verfahren, wo entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam geklagt (§. 168), und von dem Beklagten in jenem Fall die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, in dieſem die stipulatio iudicatum solvi als Satisdation geleiſtet wurde[c]). Anders bey perſönlichen Klagen; man kann hier ſagen, jene Ungleichheit iſt nicht erſt durch das Proceßverhältniß, ſondern ſchon durch die Natur der Obligatio, aus der geklagt wird, ſelbſt gegeben, der Kläger befindet ſich in jener Unſicherheit nicht erſt als Kläger, ſondern ſchon als Gläubiger, wenn er ſich nicht bei der Entſtehung der Obligatio nach einem Sicherungsmittel umgethan hat. Daher verpflichtet der Prätor hier nur ausnahmsweiſe zur satisdatio iudicatum solvi, und zwar entweder wegen der Beſchaffenheit des Beklagten, wenn Gewißheit oder dringender Verdacht der Inſolvenz vorliegt (vgl. §. 160 Note o), oder wegen der Natur der Klage, die einen ſolchen Vorzug zu verdienen ſchien: ſolche Klagen waren die actio iudicati gegen den ſchon verurtheilten Schuldner, die Klage des Sponſor gegen den Schuldner, für den er ſich verbürgt und bezahlt hatte (actio depensi), und die des Ehemannes gegen die Frau, welche durch ihre Vergehen

---

c) Im juſtinianiſchen Recht iſt dieſe Verpflichtung weggefallen, sive enim quis in rem actione convenitur sive personali *suo nomine*, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur §. 2 I. de satisdat. (4, 11). — Die proceſſualiſche Bedeutung der cautio iudicatum solvi in dem alten Vindicationsverfahren hat genau und ausführlich erörtert Wetzell der römiſche Vindicationsproceß 1845.

mit der alten Klage, noch mit der durch die Condemnation entſtandenen actio iudicati belangt werden kann.

CLVII. Unter den Parteien iſt eine natürliche Ungleichheit, die darin beſteht, daß der Kläger eine Veränderung der bisherigen Zuſtände fordert, der Beklagte derſelben widerſpricht; jener muß, was ihm gebührt, wenigſtens bis zur Entſcheidung entbehren, während dieſer bis dahin, was er vielleicht leiſten muß, behält. Sofern dieſer Umſtand die Quantität des zu Leiſtenden betrifft, indem der Kläger die Nutzung der Zwiſchenzeit entbehrt, der Beklagte ſie zieht, kann die Ungleichheit durch die Condemnation beſeitigt werden, wenn dieſe nicht bloß auf den eigentlichen Gegenſtand, ſondern auch auf jene entgangenen, und auf der andern Seite ohne rechtlichen Grund genoſſenen Vortheile gerichtet wird. Aber jene Ungleichheit betrifft auch die Sicherheit, das was uns gebührt, in Folge einer günſtigen Entſcheidung wirklich zu erlangen, eine Sicherheit, die der Beklagte ſtets hat, der Kläger nicht, es iſt ungewiß, ob er im Fall der Condemnation des Beklagten von dieſem wirklich werde befriedigt werden[a]). Dieſe Ungleichheit kann durch eine Caution gehoben werden, zu deren Leiſtung der Beklagte dem Kläger gleich am Anfang des Proceſſes verpflichtet, und wodurch dieſem die Realiſirung ſeines Anſpruchs verbürgt wird[b]).

Dieſe Caution erſchien (abgeſehen hier von ihrer Nothwendigkeit bey Stellvertretern §. 156) beſonders dann eine Forderung der Gerechtigkeit, wenn eine dingliche Klage gegen

---

a) In Beziehung auf die Koſten, die ihm der Proceß verurſacht, und die der unterliegende Kläger erſetzen muß, ſteht allerdings der Beklagte in dieſer Hinſicht wie der Kläger, deshalb hat Juſtinian eine Caution eingeführt, welche der Kläger dem Beklagten zu leiſten hat. Nov. 96 pr. cap. 1. Nov. 112 cap. 2.

b) Gai. IV. 88—102. Paul. sent. I. 11: de satisdando. Inst. IV. 11: de satisdationibus. Dig. XLVI. 7: iudicatum solvi.

den Beſitzer einer Sache erhoben wird, welche dieſer bis zum Ausgang des Proceſſes behält. Nach älteſtem Recht gab der Prätor einer Partey den Beſitz bis zur Entſcheidung, und ließ ſie der andern praedes litis et vindiciarum ſtellen, Bürgen, durch welche für den Fall des Unterliegens die Herausgabe des Streitobjects (lis) und der Nutzungen der Zwiſchenzeit (vindiciae) garantirt wurde. Dieß wurde übergetragen auf das ſpätere Verfahren, wo entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam geklagt (§. 168), und von dem Beklagten in jenem Fall die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, in dieſem die stipulatio iudicatum solvi als Satisdation geleiſtet wurde [c]). Anders bey perſönlichen Klagen; man kann hier ſagen, jene Ungleichheit iſt nicht erſt durch das Proceßverhältniß, ſondern ſchon durch die Natur der Obligatio, aus der geklagt wird, ſelbſt gegeben, der Kläger befindet ſich in jener Unſicherheit nicht erſt als Kläger, ſondern ſchon als Gläubiger, wenn er ſich nicht bei der Entſtehung der Obligatio nach einem Sicherungsmittel umgethan hat. Daher verpflichtet der Prätor hier nur ausnahmsweiſe zur satisdatio iudicatum solvi, und zwar entweder wegen der Beſchaffenheit des Beklagten, wenn Gewißheit oder dringender Verdacht der Inſolvenz vorliegt (vgl. §. 160 Note o), oder wegen der Natur der Klage, die einen ſolchen Vorzug zu verdienen ſchien: ſolche Klagen waren die actio iudicati gegen den ſchon verurtheilten Schuldner, die Klage des Sponſor gegen den Schuldner, für den er ſich verbürgt und bezahlt hatte (actio depensi), und die des Ehemannes gegen die Frau, welche durch ihre Vergehen

c) Im juſtinianiſchen Recht iſt dieſe Verpflichtung weggefallen, sive enim quis in rem actione convenitur sive personali *suo nomine*, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur §. 2 I. de satisdat. (4, 11). — Die proceſſualiſche Bedeutung der cautio iudicatum solvi in dem alten Vindicationsverfahren hat genau und ausführlich erörtert Wetzell der römiſche Vindicationsproceß 1845.

zur Scheidung veranlaßt hatte, auf die Vermögensnachtheile, die ſie deshalb erlitt (actio de moribus mulieris)[d]).

Das Verhältniß der Parteien im Civilverfahren iſt ein Rechtsſtreit, den ſie gegen einander erheben, ein iurgare: iure agere, worin nicht bloß liegt, daß dieſer Streit auf rechtlichem Wege, ſondern auch um das Recht und mit auf das Recht gerichtetem Willen geführt wird. Leichtfertiger Weigerung des Beklagten, das Recht des Klägers anzuerkennen, und wiſſentlicher Erhebung eines ungerechten Anſpruchs (calumnia) iſt durch paſſende Mittel möglichſt zu begegnen. Zu dieſen Mitteln, wodurch gegen jenen Mißbrauch der geordneten Rechtshülfe die gefährdete Partey und das Inſtitut der Rechtspflege ſelbſt in Schutz genommen werden ſoll, gehört namentlich die Androhung beſonderer Nachtheile, die den Unterliegenden außer dem Proceßverluſt treffen, auf daß er entweder von leichtfertigem oder böswilligem Streiten abgeſchreckt werde, oder für daſſelbe büße[e]).

Die Mittel, welche darauf berechnet ſind, den Beklagten von muthwilligem Proceſſiren abzuhalten, ſind folgende. Zuweilen iſt es ein beſonderer Vermögensnachtheil, der ihn im Fall des Unterliegens trifft, entweder ipso iure, da wo er, wenn er läugnet und es zum Urtheil kommen läßt, in ein Mehrfaches condemnirt wird (lis infitiando crescit in duplum): bey der actio iudicati, depensi, legis aquiliae, Klage auf ein per damnationem legirtes certum, actio de modo agri wegen betrüglicher Angabe des Verkäufers[f]), oder vermöge einer

---

d) Noch einen Fall enthält Gai. IV. 169 bey dem iudicium fructuarium (ſ. unten §. 169), wo Huſchke's glücklicher Blick anſtatt: quo nomine actoris satis accipiat, die wahre Lesart: quo nomine actor is (d. i. iudicatum solvi) satis accipit entdeckt hat, Krit. Jahrbb. 1839. S. 26.

e) Gai. IV. 171—182. Inst. IV. 16: de poena temere litigantium.

f) Gai. IV. 9. Paul. sent. I. 19: quemadmodum actiones per infitiationem duplantur. Sell Jahrbücher II. 1 (1843). In ſolchen Fällen ſoll der Beklagte nicht gehört werden, wenn er ſich auf eine

Sponſion, welche der Kläger fordern kann, und durch die der Beklagte eine gewiſſe Strafe in jenem Fall verſpricht (sponsio poenalis); dieſes Recht hat der Kläger bey gewiſſen Klagen, wobey zugleich die Summe beſtimmt iſt, die als Strafe verſprochen werden muß: ſo bey der Klage auf certa pecunia credita, wo die Strafe den dritten Theil des Streitobjects beträgt[g]), bey der actio de pecunia constituta, wo ſie ſogar die Hälfte ausmacht, dann bey den Interdicten (§. 169). Bey manchen Klagen iſt es ein anderer Nachtheil, der dem Beklagten, wenn er es auf die Verurtheilung ankommen läßt, droht, die Verurtheilung macht ihn zum infamis (actiones famosae); dieſe Folge hat die Verurtheilung wegen Diebſtahls, Raubs, Injuria, Betrugs, ſodann wegen gewiſſer Contractsobligationen, bey denen man ſich in einem vorzüglichen Grad auf die Recht-

---

Uebereinkunft beruft, durch die der Kläger ſich mit ihm verglichen, alſo auf den Rechtsweg verzichtet habe Paul. l. c. §. 2. Wie iſt dieß zu verſtehen, da in manchen dieſer Fälle entſchieden ein Vergleich zugelaſſen wird (§. 179 Note d)? Nur ſo, daß ein Pactum ungültig iſt, wodurch man ſich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen will L. 27 §. 4 D. de pact. (2, 14); dieß kann bey jener Uebereinkunft der Fall ſeyn, da es ſich hier nicht um eine fällige, ſondern um eine künftige Strafe für ein künftiges Vergehen handelt. — Sell a. a. O. S. 63 ſucht den Grund jenes Rechtsſatzes in dem für jeden Vergleich geltenden Erforderniß der Ungewißheit des Anſpruchs, beſchränkt ihn daher auf den Fall, wo die Exiſtenz des Urtheils, des Depenſum ꝛc. nicht beſtritten war. Aber auf dieſe Weiſe hört der Rechtsſatz auf, eine Eigenthümlichkeit der angedrohten Strafe zu ſeyn. Unverſtändlich iſt mir die Zurückführung auf daſſelbe Princip durch Huſchke (Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XIII S. 273 f.) mittelſt des Satzes, daß bei allen jenen Klagen eine abſolute Gewißheit nicht bloß im Gegenſtand, ſondern auch in der Begründung eintrat. Ich ſehe nicht ein, wie man von einer abſoluten Gewißheit der Exiſtenz des Anſpruchs aus zur Zulaſſung des Abläugnens durch den Beklagten und Inſtruction eines Proceſſes (ſtatt den „Unverſchämten" gleich beim Kopf zu nehmen) gekommen wäre. Nehmen wir es aber mit der „Gewißheit" nicht ſo wörtlich genau, ſo mag ſich daraus erklären, warum man in jenen Fällen eine Strafe für gerecht hielt, nicht dagegen, warum ein Vergleich ausgeſchloſſen wurde.

g) S. außer Gaius (Note e) Cic. pro Rosc. Com. 4. 5.

ſchaffenheit der andern Partey verläßt, ſo daß die Täuſchung dieſes Vertrauens doppelt verächtlich iſt: wer eine Verbindlichkeit durch fiducia übernommen hat[h]), wer als Mandatar, Depoſitar, Vormund, Socius ſich verurtheilen läßt, wird infamis. Doch kann in allen dieſen Fällen die Infamia dadurch vermieden werden, daß der Beklagte durch einen Andern ſich vertreten läßt[i]), hier wird jener nicht infam, weil nicht er condemnirt wird, dieſer nicht, weil er nicht in dem verpönten Fall ſich befindet. Wo nun keines dieſer Mittel gegen die Gefahr eines böswilligen Läugnens Anwendung findet, und auch die Klage nicht von Anfang auf eine Strafe geht, kann der Kläger von dem Beklagten das iusiurandum calumniae fordern: non calumniae causa se infitias ire.

Aber auch einer calumnia des Klägers ſoll möglichſt vorgebeugt werden. Vor allem hat der Beklagte, wenn der Kläger abgewieſen worden iſt, das calumniae iudicium auf den zehnten (bey Interdicten den vierten) Theil des eingeklagten Werths, welches gegen alle Klagen Statt findet, aber den Beweis vorausſetzt, daß der Kläger ſeines Unrechts bewußt geweſen ſey. In einigen Fällen iſt dieſer Beweis nicht nöthig, es iſt hinreichend, daß der Kläger den Proceß verloren hat; hier heißt die Klage contrarium iudicium, welches gegen die Injurienklage gegeben wird (auf den zehnten Theil des vom abgewieſenen Kläger Geforderten), ferner gegen zwey andere Klagen auf den fünften Theil. Sodann hat der Beklagte überall, wo der Kläger eine sponsio poenalis fordert, das Recht, eine restipulatio zu verlangen, wodurch der Kläger zu derſelben Strafe für den Fall ſeines Unterliegens ſich anheiſchig macht. Endlich kann der Beklagte das iusiurandum calumniae

---

h) Lex Iulia munic. (tab. heracl. 3. 111) Cic. pro Roscio Com. 6. pro Rosc. Amer. 38. pro Caec. 2. 3.

i) Das prätoriſche Edict in L. 1 D. de his qui not. infam. (3, 2).

von dem Kläger fordern. Keines dieſer verſchiedenen Mittel kann übrigens mit dem andern verbunden werden[k]).

D. Ort und Zeit des Verfahrens.

CLVIII. Ort und Tageszeit der gerichtlichen Verhandlungen vor dem Prätor und dem Richter werden in einer Stelle der Zwölf Tafeln folgendergeſtalt erwähnt: ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniciunt (coniiciunto oder coniicito), quom perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto[a]).

Jeder Ort, wo der Prätor dem Geſetz und der Sitte gemäß ſein Amt verwaltet, heißt ius[b]). In dieſer Beziehung aber iſt eine doppelte Claſſe von Handlungen unterſchieden. Die eine kann nur auf dem Tribunal, pro tribunali[c]), vorgenommen werden, der Bühne, auf der die sella curulis des Magiſtrats ſteht, und mit ihm die ſein Conſilium bildenden Perſonen (Aſſeſſoren, Richter) ſich befinden. Das Tribunal wurde auf dem comitium errichtet, dem patriciſchen Theil des Forums. Dieß war der Ort der Verhandlungen vor dem Prätor in den vor das Tribunal gehörigen Sachen, zugleich aber

---

k) Es mag hier gleich bemerkt werden, daß im juſtinianiſchen Recht von dieſen verſchiedenen Mitteln das calumniae iudicium, das contrarium, die sponsiones und restipulationes nicht recipirt ſind, dagegen ſoll der improbus litigator dem Gegner die verurſachten Schäden und Proceßkoſten erſetzen, und der Richter ex officio beide Theile zum iusiurandum calumniae anhalten.

a) Bis coniciunt in den Rhet. ad Herenn. II. 13. Von ante meridiem an bey Gell. XVII. 2. Der letzte Satz bey Varro de L. L. VII. 51 u. A.

b) L. 11 D. de iust. et iure (1, 1): — alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur — quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

c) Paul. Diac. ex Festo: Pro significat in, ut pro rostris, pro aede, pro tribunali.

auch der Verhandlungen vor den Richtern, die als Conſilium des Prätors zu betrachten waren, namentlich den Decemvirn. Andere Richter dagegen, welche der Prätor beſtellte, hielten ihre Sitzungen auf dem eigentlichen Forum. Urſprünglich geſchah wohl jede Jurisdictio des Prätors pro tribunali, alſo auf dem Comitium, bald aber wurde die iurisdictio voluntaria, alſo die legis actio außerhalb eines Rechtsſtreits, für Manumiſſionen, In Jure Ceſſionen, auch an andern Orten zugelaſſen, wo ſich eben der Magiſtrat befand [d]), dieß wurde nothwendig, um in den Sitzungen pro tribunali für die wichtigeren Functionen Zeit zu gewinnen. Dieſes Verfahren de plano, wie es gegenüber dem pro tribunali hieß, wurde ſpäter auf noch andere Fälle erſtreckt, die ohne die ſonſtige Feierlichkeit der Gerichtshandlungen abgethan werden konnten. Wo man ſich durch eine Bittſchrift an den Magiſtrat wendet, und er einen ſchriftlichen Beſcheid giebt, braucht dieß natürlich nicht pro tribunali zu geſchehen, eben ſo auch bey einem mündlichen Anliegen, auf welches er von kurzer Hand eine Verfügung trifft, z. B. bey Beſchwerden der Eltern über ihre Kinder, der Patrone über ihre Freigelaſſenen, die durch eine Verwarnung oder durch eine geringe Strafe erledigt werden [e]). Dieſe Fälle wurden nach und nach häufiger, ſo daß ſpäter beſondere Sitzungen für dieſe geringeren Händel ſtattfanden, sessiones de plano [f]). Die Regel war die: die Thätigkeit des Magiſtrats im ordentlichen Verfahren gehörte auf das Tribunal, ebenſo jede Rechtsſache, welche causae cognitio und decretum erforderte [g]), die andern wurden de plano abgethan, und Gelegenheit oder Gutdünken der Behörde gab den Ort

---

d) Gai. I. 20. *e*) L. 1 §. 1 D. de const. princ. (1, 4) L. 9 §. 3 D. de off. procons. (1, 16) L. 6 D. de accus. (48, 2).

f) Vat. fragm. 161. *g*) L. 3 §. 8 D. de bon. poss. (38, 1) L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15) L. 9 §. 1 D. de off. proc. (1, 16) L. 1 §. 1 D. de const. princ. (— vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est —).

dafür an die Hand. — Die vollkommenſte Oeffentlichkeit fand Statt, als die Sitzungen der Magiſtrate und der Gerichte auf offenem Markte gehalten wurden; als man es in der dritten Periode bequemer fand, ſie in bedeckte Räume zu verlegen, was am frühſten in den Provinzen geſchah, blieb doch der Zutritt des Volks rechtlich noch uneingeſchränkt, erſt in der vierten Periode trat eine Beſchränkung ein, welche nach und nach das Volk von der Gegenwart bey den gerichtlichen Verhandlungen im weſentlichen ausſchloß (Bd. I §. 123 S. 590).

Die Tageszeit für die gerichtlichen Verhandlungen (vor dem Magiſtrat oder dem Richter: in comitio aut in foro) ſoll nach dem Zwölftafelgeſetz der Vormittag ſeyn, d. h. ſie ſollen hier begonnen werden, ſo daß wer bis Mittag nicht erſcheint, als Deſerent behandelt werden ſoll (§. 160). Zu Cicero's Zeit wurde dieſer Termin bis auf die zehnte Stunde des Tags erſtreckt[h]). Die Verhandlungen ſollen ſich nicht über Sonnenuntergang hinaus verlängern, aber ſie ſollen auch nicht früher abgeſchnitten werden, doch hat eine Lex Plätoria dem Prätor geſtattet, dem Volk eine andere Schlußzeit verkündigen zu laſſen[i]).

---

h) Cic. in Verr. II. 17.

i) Varro de L. L. VI. 5. Suprema summum diei — hoc tempus XII tabulae dicunt occasum esse solis; sed postea lex plaetoria id quoque tempus iubet esse supremum, quo praeco in comitio supremam pronuntiavit populo. (Plin. hist. nat. VII. 60 accensus consulum a columna maenia ad carcerem inclinato sidere supremam pronuntiabat.) Vielleicht hat das Geſetz zunächſt den Zweck gehabt, auch die dies intercisi für die Verhandlungen brauchbar zu machen: per quos mane et vesperi est nefas, medio tempore inter hostiam caesam et exta porrecta fas (Varro VI. 31). Einen Satz der Lex giebt Censorin. de die nat. 24 (Jahn): praetor urbanus qui nunc est quique post hac fuat, duos lictores apud se habeto usque supremam ad solem occasum iusque inter cives dicito. (Dieſer Satz ſchärft freilich nur die frühere Regel ein: der Prätor ſoll ſich durch Verkündigung einer frühern Schlußzeit (auf Befehl des Conſuls) nicht abhalten laſſen, die Verhandlungen bis Sonnenuntergang fortzuſetzen. Damit ſtimmt über-

In der dritten Periode galten als Gerichtszeit die Stunden von der zweiten bis zur zehnten[k]).

Nicht an jedem Tage wurden gerichtliche Verhandlungen vorgenommen. Vor allem gab es Tage, an welchen eine Legis Actio nicht möglich war, weder in einem Rechtsſtreit, noch ſonſt; dieß ſind die dies nefasti[l]), über ſechzig, zu denen noch eine beträchtliche Anzahl ſolcher kommen, die theilweiſe nefasti ſind (intercisi und nefasti priores). Die Unſtatthaftigkeit der legis actio wurde auch auf die Beſtellung eines Judiciums nach dem Verfahren der Lex Aebutia ausgedehnt. Den dies nefasti ſtehen gegenüber die dies fasti, ohngefähr vierzig an der Zahl; es ſind die geſetzlich für die Ausübung der Jurisdiction beſtimmten, an denen daher auch der Magiſtrat gehalten war, ſein Amt zu verwalten. Zu dieſen kommen noch gegen 190 dies comitiales, für die Volksverſammlungen beſtimmt, die weder an dies nefasti noch fasti möglich ſind. Dieſe dies comitiales ſtanden den Magiſtraten für ihre Jurisdiction ebenfalls zu Gebote, wenn ſie nicht zu Volksverſammlungen benutzt wurden, wodurch alſo die geringe Anzahl der dies fasti ohne Nachtheil war. Eine andere Eintheilung als die in dies nefasti, fasti, comitiales iſt die in dies festi (religiöſe Feſte: sacrificia, epulae, ludi, feriae) und profesti, daher kann ein dies fastus zugleich festus, ein profestus nefastus ſeyn. Vielleicht aber galt urſprünglich der Grundſatz, daß wenn ein dies fastus auf einen festus falle, er dadurch ſeine Eigenſchaft als fastus für dießmal verliere. Dieſer Grundſatz wurde allmählich beſchränkt; ſo galt er vor der Lex Hortenſia von den nundinae, den Markttagen, die zu den feriae gerechnet

---

ein, daß noch Nov. 82 c. 3 die Sitzungszeit εἰς δείλην ὀψίαν ausdehnt: Oſenbrüggen, zur Interpretation des Corpus Juris 1842. VI. R.)

k) Paul. sent. IV. 6, 2. *l*) Vgl. darüber und über das Folgende vornehmlich Varro de L. L. VI. 29—31 (Müll.) Macrob. saturn. I. 16. Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 19.

werden, dieſes Geſetz aber verfügte, daß auch dieſe fasti ſeyn könnten [m]).

Andere Beſtimmungen galten für die Verhandlungen in iudicio. Dieſe wurden durch die Eigenſchaft eines Tags als dies nefastus nicht gehindert, dagegen war es nicht gewöhnlich ſie an den Feſten, namentlich während der ludi und feriae zu halten [n]). Von der Zeit an, wo das Inſtitut der iudices selecti auch auf die Civilgerichte übertragen wurde, der Richterberuf als ein Amt erſchien, und den auf die Richterliſten Geſetzten zugemuthet wurde, ſich für eine Berufung zur Uebernahme eines einzelnen Falls bereit und gegenwärtig zu halten, wurde eben deshalb, um die Laſt zu vermindern, eine Gerichtszeit angenommen, in welcher die Richter zu Rom anweſend ſeyn mußten. Dafür entſtand der Ausdruck actus rerum (quum res aguntur); dieſer actus trat zweimal im Jahre ein, in den Winter- und in den Sommermonaten, beides durch eine große Vacanz im Frühjahr und eine ſolche im Herbſt getrennt [o]). Neben dieſen machten die Richter noch andere Vacanzen geltend, welche Auguſt beſeitigte, indem er überdieß noch dreißig Tage gewiſſer Spiele dem actus rerum zuwies [p]). Claudius hob die Vacanzen des Frühjahrs und Herbſtes auf (Note o), und gab ſtatt deren Eine Vacanz am Ende und Anfang des Jahrs, auch dieſe beſeitigte Galba, und es blieben alſo als Vacanzen nur die Tage der ludi und feriae ſelbſt übrig, ſoweit

m) Das Recht vor der Lex Hortenſia v. 468 war eine Marktfreiheit, zum Vortheil der Plebejer, gegen die bey ihrer Anweſenheit an den nundinae kein Verfahren erhoben werden ſollte, was bey dem alten ſtrengen Schuldrecht eine bedeutende Wohlthat war. In der Mitte des fünften Jahrhunderts hatten ſich die Dinge geändert, hier ſchien es ein Vortheil, wenn der Landmann bey Gelegenheit ſeiner Anweſenheit in der Stadt an den Markttagen zugleich ſeine rechtlichen Geſchäfte abmachen, namentlich der iurisdictio voluntaria des Prätors ſich bedienen konnte. *n*) Cic. in Verr. Act. I. 10.

o) Sueton. Claud. 23: rerum actum, divisum antea in hibernos aestivosque menses, coniunxit. *p*) Sueton. Octav. 32.

nicht bey einzelnen (wie von Auguſt Note p) ein anderes verfügt war.

Eine neue Einrichtung machte Marc Aurel durch ein Senatusconſultum[q]). Die Geſchäftstage für die Jurisdiction der Magiſtrate und für die Functionen der Richter verſchieden zu beſtimmen, war keine Veranlaſſung mehr, dieſe Unterſcheidung wurde als eine der Gegenwart unangemeſſene Antiquität abgeſchafft. Marcus ſetzte überhaupt 230 Tage feſt, an welchen die gerichtlichen Verhandlungen (ſey es vor dem Prätor, ſey es vor den Richtern) ſtattfinden ſollten; dieſe Zahl ergab ſich, indem man die dies comitiales, welche mit dem Abkommen der Volksverſammlungen ſämmtlich der Jurisdiction offen ſtunden, zu den dies fasti hinzurechnete, unter dem Namen dies iudiciarii. Den Prätoren wurde die Entſcheidung, ob ſie von dieſen Tagen Gebrauch machen wollten oder nicht, entzogen, nur das blieb ihrem Ermeſſen überlaſſen, gewiſſe Seſſionen gewiſſen Rechtsſachen ausſchließlich zu widmen[r]). Den 230 dies iuridici gegenüber heißen nun die übrigen feriae, dies feriati, an denen keine Jurisdictions- und richterlichen Handlungen vorgenommen werden ſollen, mit Ausnahme der Handlungen der iurisdictio voluntaria[s]). Denn mit Zuſtimmung aller betheiligten Perſonen kann auch ein dies feriatus ein geeigneter Tag, auch ſogar für Rechtsſtreitigkeiten werden[t]).

CLIX. Die Zeit der Vornahme einer gerichtlichen Handlung, die zu den Beſtandtheilen eines Proceſſes gehört, kann

---

q) Dig. II. 12: de feriis etc. Capitol. Marc. 10: iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit, fastis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.

r) Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 19 Note 30.

s) Paul. sent. II. 25, 3: emancipatio etiam die feriato fieri potest. *t*) Ulpian. L. 6 D. de feriis (2, 12), der wohl nicht bloß die Erndte- und Weinleſeferien im Sinne hat.

beſtimmt ſeyn theils durch Vertrag, theils durch Geſetz, theils durch die Gerichtsbehörde. Davon wird bey dem Verfahren ſelbſt die Rede ſeyn. Aber für den Proceß überhaupt kann eine Zeit geſetzt ſeyn, nach deren Ablauf er erliſcht[a]).

Es giebt Judicia, welche lediglich auf dem Imperium des Magiſtrats, der ſie beſtellt hat, beruhen (imperio continentur). Dieſe erlöſchen, ſowie das Imperium deſſen, der ſie gegeben hat, oder in deſſen Auftrag ſie gegeben worden ſind, aufhört, wenn die richterliche Sentenz nicht bis dahin erfolgt iſt. Solche ſind alle außerhalb Rom's (extra primum urbis miliarium) beſtellten, ferner von in Rom angeordneten alle recuperatoriſchen, endlich alle, bey denen eine Partey oder der Richter Peregrine iſt. Ihnen ſtehen gegenüber die auf geſetzlicher Vorſchrift beruhenden iudicia (quae legitimo iure consistunt): dieß ſind die zu Rom unter Einem Judex übernommenen, vorausgeſetzt daß alle Perſonen, unter denen ſie beſtehen, römiſche Bürger ſind. Gaius ſelbſt warnt vor der Verwechſelung dieſer legitima iudicia mit den iudicia ex lege, d. h. welche die Folge einer durch eine Lex gegebenen Klage ſind. Alſo nicht für den Inhalt (das darin verhandelte Recht), aber für die Form dieſer Judicia iſt eine Lex die Quelle, der Judex iſt lege datus, und die Dauer ſeines Officiums hängt daher nicht von dem Imperium des Magiſtrats ab. Die dadurch mögliche Hinziehung der Proceſſe durch viele Jahre wurde von der Zeit an, wo die beſtellten Richter aus den iudices selecti genommen wurden, unpaſſend, es lag im Intereſſe der zu dem munus iudicandi Berufenen, daß ihnen nicht vielleicht lange Zeit nachdem ſie aufgehört hatten, auf den Richterliſten zu ſtehen, durch die Indolenz der Parteien noch eine Laſt unerledigter Proceſſe auf dem Hals blieb. Daher ſchrieb gleich daſſelbe Geſetz, welches das Inſtitut der iudices selecti wahrſcheinlich auf die Civilproceſſe übertrug, die lex iulia iu-

---

a) Gai. IV. 103—109. (Plautus pseudol. I. 3, 27; 5, 8. R.)

diciaria (iudiciorum privatorum) vor: daß ein legitimum iudicium in anderthalb Jahren, wenn nicht das richterliche Urtheil bis dahin erfolgt ſey, erlöſchen ſolle, und erleichterte dadurch das munus iudicandi[b]).

Gerichtsverfahren:

A. Einleitung des Proceſſes.

CLX. Zur Erhebung des Rechtsſtreits war die Anweſenheit beider Parteien in iure nöthig. Das Mittel, das dem Kläger gegeben iſt, die Gegenwart des Beklagten zu erlangen, iſt ein außergerichtlicher Act, die in ius vocatio: perſönliche Aufforderung, dem Kläger vor Gericht zu folgen. In die Wohnung des Beklagten darf er nicht eindringen, und bey gewiſſen Perſonen iſt die Vocatio theils nichtig, theils mit einer Pönalklage bedroht, wenn ſie ohne beſondere Erlaubniß des Prätors geſchieht[a]). Die Zwölf Tafeln verpflichten den Vocatus zu folgen, einem Altersſchwachen oder Breſthaften muß der Kläger ein Fuhrwerk ſtellen[b]). Weigert ſich der Aufgeforderte, ſo ſoll der Kläger Zeugen aufrufen, bey fortgeſetzter Weigerung hat er die Manus Injectio[c]). Fehlt ihm ein Zeuge, ſo kann er vor der Wohnung des Beklagten eine öffentliche Aufforderung erlaſſen[d]), dieß erſetzt das Zeugniß,

---

b) Dieß halte ich für den wahren Sinn des Geſetzes, nicht den, daß es unbeſtimmt oder zum Vortheil der Parteien die Beſchleunigung der Proceſſe beabſichtigt hätte.

a) Dig. II. 4: de in ius vocando. *b*) Gell. XX. 1: si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato, si nolet arceram ne sternito. *c*) Porphyr. ad. Hor. serm. I. 9, 65: si in ius vocat ni it antestator, igitur em capito — Festus v. struere: si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.

d) Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus (vgl. §. 154 a) ob portum obvagulatum ito Festus v. portum und vagulatio. Dieſer Zuſammenhang der Stelle iſt wahrſcheinlicher, als der mit dem Zeugenbeweis.

und berechtigt, wenn der Geforderte dazu ſchweigt, und nachher betroffen wird, ebenfalls zur Manus Injectio. Der Vocatus iſt indeſſen der Nothwendigkeit zu folgen überhoben, wenn er einen vindex ſtellt, der für ihn den Proceß übernimmt, dem Kläger folgt und jenen aus der Manus Injectio befreit [e]). Das prätoriſche Edict hat dem Kläger ſtatt der Manus Injectio gegen den Gerufenen, der ſich weigert, eine Klage auf eine Geldſtrafe gegeben [f]), und ſtatt des Vinder die cautio iudicio sisti eingeführt, wodurch der Gerufene verſpricht, an einem beſtimmten Tag zu erſcheinen, und einen Bürgen deshalb ſtellt, der locuples pro rei qualitate ſeyn ſoll [g]). Erſcheint der Beklagte nicht, ſo kann gegen ihn oder den Bürgen auf die verabredete Strafe (poena desertionis), oder auf das Intereſſe geklagt werden, wenn nicht eine entſchuldigende iusta causa des Nichterſcheinens dargethan wird. Die Stellung muß, wenn dieſe Klage vermieden werden ſoll, in eadem causa geſchehen, d. h. es darf mit dem Beklagten keine Veränderung vorgegangen ſeyn, welche den gegen ihn zu erhebenden Proceß erſchwert [h]). Auch gegen dritte Perſonen, welche den Erfolg der in ius vocatio oder der cautio iudicio sisti hindern, giebt der Prätor Klagen [i]).

---

e) L. 22 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4) Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto Gell. XVI. 10. Vgl. noch §. 162.

f) Dig. II. 5: si quis in ius vocatus non ierit. Gai. IV. 46.

g) Dig. II. 6: in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent. Von ſehr nahe verbundenen Perſonen muß jeder Bürge angenommen werden. *h*) Dig. II. 11: si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit. Eine beſondere Geſtalt hat die cautio iudicio sisti, wenn der Herr wegen eines Vergehens (noxa) ſeines Sclaven belangt wird Dig. II. 9: si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur. Die Caution geht auf Stellung des Sclaven, da der Herr ſich durch Hingeben deſſelben befreien kann.

i) Dig. II. 7: ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. II. 10: de eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

Erſcheinen nun die Parteien in iure, ſo wird regelmäßig die Verhandlung vor dem Magiſtrat an dieſem Tag keineswegs zu Ende gebracht, denn der Kläger zeigt nun erſt dem Beklagten an, welche Klage er gegen ihn anzuſtellen gedenke, editio actionis [k]), und es muß dem letzteren Zeit gelaſſen werden, ſich zur Vertheidigung gegen dieſelbe vorzubereiten. Daher verabreden nun die Parteien einen Termin, an welchem ſie ſich wieder in iure einfinden wollen, dieſes Verſprechen heißt vadimonium [k*]) und wird ebenfalls unter dem allgemeinen Ausdruck cautio judicio sisti begriffen; es geht auf eine Summe als poena desertionis, die in einigen Fällen der Höhe des Streitgegenſtandes gleichkommt, in den übrigen die Hälfte deſſelben und nie über 100000 Seſterze beträgt [k**]). Der Beklagte hat in der Regel Bürgen (vades) deshalb zu ſtellen, in einigen Fällen fällt die Satisdatio weg (vadimonium purum), in einigen tritt an ihre Stelle der Eid, oder die ſofortige Verurtheilung in die Strafe durch Recuperatoren, wenn das Vadimonium gebrochen wird [1]). Unter dieſen Umſtänden war es offenbar viel zweckmäßiger, wenn die Parteien ſich jenes erſte Erſcheinen vor Gericht erſparten, wenn ſie ſtatt der In Jus

---

k) Dig. II. 13: de edendo.

*k**) (Der Ausdruck bezieht ſich auf die Geldſumme, welche der Beklagte dem zur Manus Injectio berechtigten Kläger dafür verſprach, daß er ihn gehen (vadere, evadere) ließ: Acron ad Horat. serm. I. 1, 11 vades ideo dicti quod qui eos dedit vadendi id est discedendi habet potestatem. Eine Hauptanwendung kam bei der Comperendinatio (Note d. §. 154 Note a) vor: Macrob. sat. I. 16 comperendini (dies) quibus vadimonium licet dicere: denn die Behauptung, daß das Erſcheinen im Judicium nur durch Denunciationen, nicht durch Stipulationen geſichert worden wäre (Hollweg, Civilproceß S. 285 Note 28. Wetzell, Vindicationsproceß S. 192 Note 3) beruht auf einer Stelle des Pſeudo-Aſconius, die — gar nicht exiſtirt. R.)

*k***) Wetzell, Vindicationsproc. S. 77 verſteht die Stelle des Gaius dahin, daß der Streitgegenſtand nie höher als zu 100000 Seſterzen, alſo die Strafe (außer dem Judicat und Depenſum) höchſtens auf 50000 angeſetzt werden ſoll. *l*) Gai. IV. 184—187.

Vocatio gleich von Anfang über einen Tag der wirklichen Verhandlung übereinkamen, und ihn durch Vadimonium feſtſetzten. Dieß war nun wirklich ſchon zu Cicero's Zeit der gewöhnliche Weg; die eigentliche In Jus Vocatio wurde nur noch gegen einen hartnäckigen und widerſpenſtigen Beklagten angewendet[m]).

Alles dieſes ſetzt voraus, daß der Beklagte zu treffen iſt, um die in ius vocatio oder das vadimonium mit ihm vorzunehmen, oder daß ein Anderer ſich findet, der für ihn die Klage übernehmen will, ein idoneus defensor, der die cautio iudicatum solvi leiſtet (§. 156). Iſt dieß nicht der Fall, ſo iſt er indefensus, und wird wie ein Verurtheilter behandelt, es findet Execution gegen ihn Statt (§. 173. 179), nach altem Civilrecht die manus iniectio; und eben dieß geſchieht, wenn die In Jus Vocatio nicht den Erfolg hatte, ihn vor Gericht zu bringen (Note d), oder das Vadimonium von ihm gebrochen wird. Der Prätor gab gegen den indefensus die missio in bona mit dem Recht des Verkaufs[n]), den derſelbe nur dadurch abwenden kann, daß er ſich vor dem Ablauf der dafür geſetzten Friſten (§. 179) ſtellt und mit cautio iudicatum solvi den Proceß übernimmt[o]). Unter den Fällen dieſer Miſſio

---

m) Hor. serm. I. 9, 74: casu venit obvius illi adversarius et: quo tu turpissime? magna inclamat voce, et: licet antestari? Ego vero oppono auriculam. Rapit in ius.

n) Das prätoriſche Edict zählte die verſchiedenen Fälle ſo auf: qui fraudationis causa latitarit — cui heres non exstabit — qui exsilii causa solum verterit — qui absens iudicio defensus non fuerit — qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur — die Bedingung war überall: si boni viri arbitratu non defendetur. Cic. pro Quint. 19. L. 2 pr. 7. §. 1 D. quib. ex caus. in possess. eatur (42, 4). Noch ein Fall iſt die Unterwerfung des Beklagten unter eine fremde Gewalt, wenn der Gewalthaber ihn wegen der vorher contrahirten Schulden nicht defendiren will Gai. III. 84. IV. 80. Endlich ein Unmündiger oder Wahnſinniger, der keinen Vormund hat L. 5 D. quib. ex caus. in poss.

o) Gai. IV. 102. Vgl. oben §. 157.

giebt es ſolche, wo der indefensus völlig ſchuldlos in dieſer Lage ſich befindet, wie der Vormundsbedürftige, ferner der in öffentlichen Geſchäften oder in feindlicher Gefangenſchaft Abweſende; dieſer Umſtand ſchließt die Miſſio zur Sicherung des Gläubigers nicht aus, aber der Verkauf wird nicht geſtattet, bis der Entſchuldigungsgrund wegfällt.

In der dritten Periode wurde neben der In Jus Vocatio und dem Vadimonium eine zweite Art der Einleitung für das ordentliche Verfahren eingeführt. Dieß war die litis denuntiatio, deren Einführung Marc Aurel zugeſchrieben wird [p]. Sie beſteht in einer Ankündigung des Rechtsſtreits an den zu Belangenden vor Zeugen, worüber eine Urkunde aufgenommen und von den Zeugen unterſchrieben wird. Dabey wird die Klage namhaft gemacht, die Handlung vertritt alſo zugleich die Stelle der editio actionis. An dem letzten Tag einer geſetzlich beſtimmten von dem Tag der Denunciation gerechneten Friſt haben die Parteien vor Gericht zu erſcheinen. Gegen die Verſäumung dieſes Termins kann eine reparatio vom Kaiſer ex iusta causa erlangt werden [q].

---

p) S. Aurel. Victor de Caesar. 16, 9. Die Hauptquelle über dieſes Inſtitut ſind die Titel des Cod. theod. II. 4: de denuntiatione vel editione rescripti, II. 6: de temporum cursu et reparationibus denuntiationum, worin es freilich theilweiſe verändert durch die Geſetze Conſtantin's und ſeiner Nachfolger erſcheint. — Es liegt darin eine erſte Hinneigung, die Magiſtrate wie Judices zu behandeln, denn denuntiatio iſt eigentlich die Entbietung des Gegners vor den Judex.

q) (Asverus, die Denunciatio der Römer (1843) S. 129—149 läßt dieſe Denunciatio aus der Condictio hervorgehen, die ihrerſeits wieder an die Stelle der In Jus Vocatio getreten ſeyn ſoll. Aber die In Jus Vocatio war nicht aufgehoben (Note m): während die Condictio ſelbſt bei Schuldklagen auf ein Certum abgekommen war: Gai. IV. 18 nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. Und dieſe ſogar in ihrer urſprünglichen Sphäre unbequem gewordene und veraltete Form hätte Marc Aurel ihrer Bequemlichkeit wegen plötzlich allgemein gemacht? Das iſt nicht wahrſcheinlicher als das Hauptthema des Buchs: zu jeder Denunciatio hätten drei Zeugen gehört (um die alten Stammtribus vor-

B. Verhandlungen in Iure.

a. Legis Actiones [a]).

CLXI. Wenn beide Parteien vor dem Magiſtrat erſchienen ſind, und ihre Sache vorgetragen haben, um ihn mit ihrem Vorhaben, Anſpruch und Vertheidigung, bekannt zu machen, ſo fordert der ordo iudiciorum privatorum, daß Anſpruch und Vertheidigung in eine ſolenne Form gebracht werden, und ſo ihre proceſſualiſche Geſtalt erhalten. Nach älteſtem Recht geſchah dieß durch das Ausſprechen ſolenner Worte, theils von den Parteien, theils von dem Magiſtrat, verbunden mit andern Handlungen. Dieſe in iure vorgenommene Solennität heißt legis actio, und ihre Beſtandtheile ſind von doppelter Art; zum Theil beziehen ſie ſich auf das Verfahren ſelbſt, dem ſie ſeine beſondere Form geben, zum Theil auf den Gegenſtand des Proceſſes, das beſtrittene Recht, das ſie bezeichnen, und als die Grundlage des Rechtsſtreits feſtſtellen. In beiderley Hinſicht gründen ſich die Actiones unmittelbar auf Leges und führen darum jenen Namen, das Verfahren, welches durch ſie begonnen wird, iſt durch Geſetze angeordnet, und ebenſo haben die Rechte, die mit ihnen geltend gemacht werden, Leges zur Quelle, und ſind mit Geſetzesworten auszudrücken, ipsarum legum verbis accommodatae erant (Bd. I §. 78).

Legis actio iſt überhaupt eine feierliche, durch eine Lex vorgeſchriebene, mit mündlicher Rede verbundene Handlung. Zu dem Begriff gehört aber auch noch das Erforderniß der Gegenwart einer andern Partey und des Magiſtrats. Davon macht eine Ausnahme die pignoriscapio, wie ſie denn auch an einem nefastus dies vorgenommen werden konnte, aber eben

---

zuſtellen) — für welches der kirchliche Grundſatz bei Isidor. 18, 15 (vgl. 5, 24 unter conditiones) den wichtigſten Beweis liefern muß. R.)

a) Gai. IV. 11—31.

darum wurde ſie zu den Legis Actiones nur in einem laxeren Sinn des Worts gerechnet. In jenem Sinn iſt jede feierliche Vindication, auch die außer einem Rechtsſtreit zum Behuf einer Eigenthumsübertragung oder Beſtellung eines Jus in re (in iure cessio), einer Manumiſſion vorgenommene, eine Legis Actio. Als ſolche aber, wodurch ein Proceß eine eigenthümliche Form erhält, und wobey daher gerade jener erſte auf das Verfahren ſich beziehende Beſtandtheil hervorgehoben wird, zählt Gaius vier auf: legis actio sacramento, per iudicis (arbitrive) postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, denen er als fünfte noch jene pignoriscapio hinzufügt.

Die erſte von dieſen Actionen, und die actio generalis, die überall anwendbar war, wo nicht ein Geſetz eine andere beſonders angeordnet hatte, war die legis actio sacramento [b]). Das formgebende Moment dieſer Actio, von dem ſie daher auch den Namen hat, beſteht in einem Succumbenzgeld, das die unterliegende Partey an das Aerarium verliert. Dieſe Strafſumme iſt von den Zwölf Tafeln auf 500 Aſſes beſtimmt, wenn der Werth des Streitobjects 1000 oder darüber beträgt, bey geringeren Sachen auf 50 Aſſes, und dieſe letztere Summe gilt auch von dem Rechtsſtreit über die Freiheit eines Menſchen, von welchem Werth dieſer auch als Sclave ſeyn

---

b) In der Schrift: Ueber die legis actiones und das Centumviralgericht der Römer. Von einem Praktiker. Zwickau 1839 wird darzuthun verſucht, die iudicis postulatio ſey die älteſte und Grundform des römiſchen Proceſſes geweſen. Die Gründe dafür ſind ſehr allgemein gehalten, und beſtehen mehr in ſubjectiven Anſchauungen von der Geſchichte des älteſten Rechts, als in wirklichen Spuren alter Zuſtände. Gaius deutet, indem er die Sacramentsklage generalis nennt, an, daß die andern dieß nicht geweſen ſeyen, alſo auch nicht die iudicis postulatio. Schon dieß ſpricht gegen jene Annahme. Ueberdieß ſteht ſie dem Verfahren der Lex Aebutia weit näher, als das Sacramentum, auch dadurch wird es höchſt unwahrſcheinlich, daß dieſes zwiſchen ihr und jenem Verfahren geſtanden habe.

würde [c]). Der Proceß erhielt dadurch die Form eines Streits um die Strafe, und darauf lautete auch das Urtheil des Gerichts [d]). Die Summe wurde früherhin von beiden Parteien an einem heiligen Ort, in sacro, deponirt, der Sieger nahm die ſeinige zurück, die des Ueberwundenen wurde in das Aerarium abgeliefert, darum hieß dieſes Strafgeld sacramentum, das Verfahren sacramento contendere [e]). Später wurde die ſofortige Hinterlegung nicht mehr gefordert, ſondern der Prätor ließ ſich Bürgen (praedes) für die Zahlung im Fall des Unterliegens geben [f]).

---

c) Theils läßt ſich hier von einem Werth des Streitgegenſtandes als ſolchen nicht ſprechen, theils war zu befürchten, daß die Gefahr eines bedeutenden Verluſtes Viele abſchrecken würde, als Aſſertores für die Freiheit eines Andern aufzutreten.

d) Cic. pro Caec. 33: — decemviri — sacramentum nostrum iustum iudicaverunt. (Arnobius adv. gentes IV. p. 361 (Hildebrand): quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta? R.)

e) Varro de L. L. V. 180 (Müller): Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium, qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Festus: Sacramentum aes significat quod poenae nomine perditur, sive eo quis interrogatur sive contenditur —.

f) Wahrſcheinlich iſt dieſe Aenderung eingeführt durch das Geſetz des Volkstribun Papirius, von welchem Feſtus a. a. O. ſagt, daß es die Beitreibung der Sacramenta durch tresviri capitales angeordnet habe. Von hier an erklärte man, wie Feſtus, den Namen sacramentum, da das Geld nicht mehr in sacro deponirt wurde, durch ſeine Verwendung für die Sacra. In den Worten der Lex Papiria bey Feſtus: sacramenta exigunto iudicantoque, bezieht ſich das iudicare nicht auf die Verurtheilung des Schuldigen (ſonſt könnte es nicht nach exigunto ſtehen), ſondern auf die Zuweiſung an den Fonds, aus dem die die Koſten dieſer oder jener Sacra beſtritten werden. — (Bei Schiedsmännern kam die Depoſition eines Pignus noch ſpäter vor. L. 11 §. 2 D. de recept. (4, 8) L. 5. §. 2. L. 33 D. depositi (16, 3) Isidor. 10, 5.

Man hat behauptet, der legis actio sacramento habe urſprünglich ein wirklicher Zweikampf vor Gericht zu Grunde gelegen, der nachher in ein nur ſcheinbares Handgemeinwerden übergegangen ſey [g]). Dieſe den römiſchen Sitten höchſt fremdartige Vorſtellung iſt aus der Form der Vindication (ſ. unten), alſo aus einer mit dem sacramento contendere möglicherweiſe verbundenen, aber damit ganz und gar nicht identiſchen Proceßhandlung hervorgegangen. Wäre nun auch dieſe Vindication aus einem gerichtlichen Zweikampf entſtanden, was meines Erachtens entſchieden zu verwerfen iſt, ſo würde doch darum nicht die legis actio sacramento ſelbſt darauf zu gründen ſeyn. Man hat jene Vorſtellung auf die ganze Legis Actio durch die Herbeiziehung des alten Soldateneids übertragen wollen; wie durch dieſes Sacramentum das Haupt des Streiters im Feld, ſo ſey dort das des Streiters auf der Gerichtsſtätte den Göttern geheiligt worden [h]). Dieß ſcheint mir eine traumartig mengende Phantaſie. Für den ſicheren Grund, von dem wir uns nicht entfernen dürfen, halte ich, daß die Römer mit dem Namen sacramentum bey der Legis Actio das Geld ſelbſt bezeichneten (Note e). Sacramentum heißt überhaupt das äußere Zeichen und die Anerkennung eines in Beziehung auf das Heilige geſtellten Verhältniſſes, ſo des Soldatengehorſams, sacramentum militare, ferner des Proceßverhältniſſes, des anhängig gemachten Rechtsſtreits, dieſes Zeichen war die in sacro deponirte Geldſumme, womit ſich dann überdieß der Verfall für den unterliegenden Theil verband. An eine andere Vergleichung mit dem Soldateneid iſt

---

p. 1087 (Gothofr.) sequester est, qui certantibus medius intervenit, apud quem pignora deponi solent. Vgl. Zeitſchr. für geſch. RW. XIII S. 195—200. R.)

g) G. Asverus über die legis actio sacramenti 1837. Dem weſentlichen Reſultat ſtimmt bey Huſchke in ſ. Recenſion dieſer Schrift, Krit. Jahrbb. für Rechtswiſſ. 1839. S. 665—686.

h) Huſchke a. a. O. S. 676.

nicht zu denken, wohl aber hinſichtlich der zuletzt erwähnten acceſſoriſchen Eigenſchaft, die bald als die Hauptſache erſchien, an die ſpätere sponsio et restipulatio (wie auch Gaius thut), die sponsionis summa iſt in der That nur das verweltlichte Sacramentum.

Das sacramento contendere beſtand in der Provocation zur Depoſition, ſpäter zur Zuſage der Strafſumme: D aeris sacramento te provoco — similiter ego te[i]). Die Bedingung der Strafe war die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des vom Kläger geltend gemachten Rechts, dieſes wurde daher zugleich, und zwar mit den Worten des Geſetzes, auf das es ſich gründete, ausgeſprochen. Nachher wenn die Parteien vor das Judicium kamen, legten ſie vor der eigentlichen judiciellen Verhandlung ihre Anſprüche dem Gericht in einem kurz zuſammengefaßten Satze dar. Dieß hieß causae coniectio und war deswegen nothwendig, weil der Ausdruck der Streitſache in der Legis Actio ſelbſt nur ein allgemeiner war, durch den der Richter noch nicht hinlänglich mit den unter den Parteien ſtreitigen Punkten bekannt wurde. Das Gericht aber, an welches die Sache kam, wenn sacramento geklagt wurde, war urſprünglich das der Decemvirn, die Lex Pinaria geſtattete, auf die Beſtellung eines einzelnen Richters anzutragen (§. 154).

In gewiſſen Fällen, z. B. bey dem Rechtsſtreit über das Eigenthum an einer Sache, enthielt die Verhandlung in iure

---

i) Valerius hat die Siglen: Q. N. T. S. Q. S. mit der Auflöſung: quando negas te sacramento quinquagenario provoco. Ferner: Q. A. N. Q. N. quando ais neque nego, was ſich auf die gegentheilige Provocation des Beklagten zu beziehen ſcheint, und wo ſtatt nego wahrſcheinlich zu leſen ſeyn wird negas. (Vgl. jedoch §. 173 d R.) Endlich bezieht ſich auch die Formel S. N. S. Q. si negat sacramento quaerito (si negas, sacramento quin(qua)genario — zu ergänzen: te provoco? R.) auf die Legis Actio. (Und zwar auf die actio in personam; bei der Vindication hat Gaius die Formel quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco. R.)

noch einen beſonderen Act, welcher vindicatio heißt, oder in iure manum conserere. Der erſte Name iſt von den Worten hergenommen, der zweite von der ſonſtigen körperlichen Thätigkeit, die damit verbunden war[k]). Dieſer Act beſtand in folgenden Handlungen: der Kläger legte Hand an die Sache, indem er einen Stab (festuca oder vindicta) hielt, und ſprach: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui[l]), die Feſtuca auf die Sache legend. Desgleichen that und ſprach der Beklagte (contravindicabat). Darauf ſprach der Prätor: mittite ambo hominem, den ſich erhebenden Streit auf den rechtlichen Weg leitend. Es iſt die ſymboliſche Darſtellung der Idee, daß die Gewalt dem Recht weichen, daß der begonnene

---

k) Vindicere = vim dicere O. Müller etymol. Erört. von Rechtsausdrücken, Rhein. Muſ. für Juriſpr. V. 8, 1. Festus: Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia, quod potius dicitur *vis quam* (Huſchke) fit inter eos qui contendunt. Gellius (XX. 10) ſagt zur Erklärung der Verſe des Ennius: — miscent inter sese inimicitias agitantes, non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi — folgendes: non ut ad praetorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida, quod videtur dixisse conferens vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta. (Huſchke über die Stelle des Varro von den Liciniern ꝛc. S. 100 will bey Ennius nach inimicitias interpungiren, und agitantes zum Folgenden ziehen, da ſonſt die Stelle ſich gar nicht conſtruiren laſſe. Aber gerade ſo wie nach Huſchke nicht conſtruirt werden könnte, hat Cicero conſtruirt pro Mur. 14).

l) Die Worte secundum suam causam wurden wohl nur bey der Vindication eines Menſchen gebraucht, weil deſſen Vindication in verſchiedenem Sinne vorkommen konnte: als eines Sclaven, als eines Freien (in libertatem vindicatio), als eines filius in potestate L. 1 §. 2 D. de R. V. (6, 1): — adiecta causa —. (Valerius Probus S. S. C. E. S. D. T. V. = secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam. R.)

factiſche in einen rechtlichen Steit verwandelt werden ſoll[m]). Die Vindication forderte die Gegenwart der Sache, oder, wenn die Herbeiſchaffung derſelben nicht thunlich war, eines Stücks davon. Bey der Vindication von Grundſtücken gieng nach älteſtem Recht der Prätor mit den Parteien zu dem Grundſtück, um dort die Handlung vornehmen zu laſſen[n]), ſpäter wurde dieß bey der Erweiterung des Gebiets unthunlich, man ſubſtituirte dem Grundſtück eine Scholle, welche die Parteien von demſelben mitbrachten. Wenn ſie vor dem Prätor erſchienen, ſprach der Kläger: fundum qui est in agro qui sabinus vocatur, ego ex iure quiritium[o]) meum esse aio, inde ibi ego te ex iure manum consertum voco. Der Gegner ſprach: unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Hierauf der Prätor: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Da nun die Scholle ſchon vor Gericht mitgebracht war, ſo fügte der Prätor ſofort, nachdem jenes geſprochen war, hinzu, redite viam, worauf dann die Vindication über die Scholle vorgenommen wurde[o*]). Von dieſem vindicias sumere[p]) verſchieden und getrennt war eine der ganzen Legis Actio vorausgehende außergerichtliche Handlung, welche deductio hieß (de-

---

m) Jedes Symbol iſt ein äußeres Zeichen für ein Geiſtiges; nach der oben erwähnten Meinung von einem gerichtlichen Zweikampf, von dem dieſe vis festuearia übrig geblieben ſey, würde umgekehrt das rein Körperliche durch ein relativ Geiſtigeres dargeſtellt werden. Dann dürfte man nur nicht dabey von einer ſymboliſchen Handlung ſprechen. Mir ſcheint übrigens jene Meinung ohngefähr ſo wahrſcheinlich, als wenn jemand den Ritus der Confarreation bey der Eheſchließung, ſtatt ihn als ein wirkliches Symbol aufzufaſſen, als Ueberbleibſel eines Hochzeitſchmauſes erklären wollte. *n*) Gell. XX. 10.

o) P. Diac. E. IR. Q. exiri requietum (lies ex iure quiritium).

*o**) Cic. pro Mur. 12. (de oratore III. 28 R.) Festus v. superstites. Valerius Probus: E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocare.

p) Cincius bey Feſtus (v. vindiciae): vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.

ductio quae moribus fit). Eine Partey ſetzte die andere durch eine ſcheinbare Dejection aus dem Beſitz, wurde dadurch als Beklagter conſtituirt, und leiſtete das Vadimonium [q]). — Nach der Vindication, und dem Gebot des Prätors, welches derſelben ein Ende machte, folgte das sacramento contendere. Dieſes wurde durch die Frage des Klägers eingeleitet: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris, mit der Antwort: ius peregi sicut vindictam imposui. Hierauf folgte von der einen Seite: quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco, von der andern: similiter ego te, mit der Beſtellung der Prädes an den Prätor. Zuletzt hatte der Prätor noch über die vindiciae, d. h. über die vindicirte Sache und den Beſitz derſelben während des Proceſſes zu entſcheiden: secundum alterum eorum vindicias dicebat, er beſtimmte, wer Beſitzer bis zur Entſcheidung ſeyn ſolle, und gebot dieſem dem Andern praedes litis et vindiciarum zu geben, Bürgen wegen der Reſtitution der Sache (lis) und der mit dem Beſitz zuſammenhängenden Nutzungen (vindiciae), wenn er unterliegen würde (vgl. §. 232). Das vindicias dicere hat die Bedeutung, über den factiſchen Zuſtand bis zum ausgemachten Recht zu verfügen. Die Erledigung der zweiten Beſitzfrage dagegen, die Beſtimmung der partes petitoris und

---

q) Cic. pro Caec. 7. pro Tull. §. 20. Wegen der verſchiedenen Anſichten von dieſer Handlung vgl. Keller, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XI. 9 (1842), welcher die (auch in der erſten Ausgabe aufgenommene) die Deductio mit dem vindicias sumere verbindende Meinung widerlegt hat. Die weitere Behauptung Keller's, daß die Deductio erſt für den Formularproceß aufgekommen ſey, halte ich nicht für richtig; ſeine Gründe ſcheinen mir nur ein anfängliches Herübernehmen jener altherkömmlichen (namentlich auch für die Identität der Sache wichtigen) Handlung auf die Vindication per sponsionem und vielleicht auch per formulam petitoriam darzuthun, nicht aber eine neue Erfindung für dieſe modernen Formen, mit denen jene deductio keine innere Verwandtſchaft hat. (Vgl. Jahrb. für wiſſ. Kritik 1843 S. 602 — 604. R.)

possessoris d. h. die Feſtſtellung, wen zunächſt die Beweislaſt treffen ſoll (§. 174), war ſchon durch die vorausgegangenen Handlungen erfolgt. Die Beſtimmung der Vindiciä hieng von dem Ermeſſen des Prätors ab, der ſpäterhin den gegenwärtigen Beſitz, wenn er ohne Vitium gegenüber dem Gegner war, entſcheiden ließ (§. 225); wo ein öffentliches Intereſſe die proviſoriſche Aufrechthaltung eines Zuſtands forderte, verfuhr er dem gemäß [r]); in einem Fall, bey dem Streit über die Freiheit eines Menſchen, hatten die Zwölf Tafeln vorgeſchrieben, daß die vindiciae secundum libertatem gegeben werden ſollten [s]). Dieß bedeutet aber auch hier nur den factiſchen Zuſtand während des Proceſſes, keineswegs betrifft es die Rolle der Parteien und die Beweislaſt, dieſe entſchied ſich damals, wie ſpäter, nach dem Umſtand, ob der Menſch, über deſſen Freiheit geſtritten wurde, bisher als Freier oder als Sclave gelebt hatte (§. 212 Note bb).

CLXII. Die übrigen Legis Actiones ſind für beſondere Gattungen von Rechtsſachen beſtimmt, ſo daß ſie nicht überall nach Belieben angewendet werden können.

Die erſte derſelben, die wohl nicht viel jünger iſt als die legis actio sacramento, iſt die legis actio per iudicis postulationem wie Gaius ſie nennt, deren voller Name aber ohne Zweifel den Zuſatz arbitrive zu iudicis hat. Die Eigenthümlichkeit derſelben beſteht in der Bildung des Gerichts, das für die Entſcheidung beſtellt wird, darum iſt ihrer ſchon oben, mit Anführung der Fälle für welche ſie ſtattfand (§. 154), gedacht worden, und dieſe weſentliche Bedeutung drückt die bey ihr gebrauchte Formel: iudicem arbitrumve postulo uti des aus, die jede Partey ſprach, indem ſie den von ihr geforderten

---

r) Praetores secundum populum vindicias dicunt, Cato bey Feſtus v. vindiciae. *s*) Pomp. L. 2 §. 24 D. de O. I. (1, 2) Livius III. 44. 47. Dionys. XI. 30. (Valerius Probus Note l. R.)

Richter zugleich benannte, während der Prätor ſelbſt noch einen dritten hinzufügte [a]).

Dieſelbe Beziehung auf die Bildung des Gerichts hatte die legis actio per condictionem. Condictio heißt die Beſprechung eines Tags mit dem Gegner [b]), ſie gieng darauf, daß er am 30 Tag ad iudicem capiendum ſich einfinde. Sie iſt eingeführt durch die Lex Silia für die Klage auf eine beſtimmte Geldſumme, für die Klage auf das Geben irgend eines andern beſtimmten Gegenſtands durch die Lex Calpurnia [b*]).

---

a) Valerius Probus giebt die Notä: P oder T. I. A. V. P. V. D. mit der Auflöſung: Praetorem oder Tento oder Tempore iudicem arbitrumve postulo uti des; offenbar unrichtig, T bedeutet den Namen des Richters, alſo vielleicht Titium. — Das Blatt, auf welchem in der Handſchrift des Gaius die Darſtellung dieſer Legis Actio ſtand, iſt verloren.

b) Gell. X. 24: sacerdotes quoque populi romani quum condicunt in diem tertium, diem perendini dicunt. Paulus ex Festo: condictio in diem certum eius rei quae agitur denuntiatio. — Natürlich wurde damit der Ausdruck des von dem Kläger verfolgten Rechts verbunden; bey Valerius Probus kommt die Formel vor: A. T. M. D. O. aio te mihi dare oportere, die ſich wahrſcheinlich auf dieſe Legis Actio bezieht, Savigny Syſtem V S. 577.

*b**) (Ueber das Vorbild der legis actio per condictionem haben verſchiedene Vermuthungen geäußert: Huſchke (Richter's Jahrbb. 1837 S. 891. 892) und Mommſen (daſelbſt 1845 S. 878). Erſterer hält das Fecialrecht und Recuperatorenverfahren für den urſprünglichen Sitz der Condictio (nach Livius I. 32 und dem status condictus dies cum hoste), während Letzterer in der bei der sacramento in rem actio durch die lex pinaria aufgekommenen Denunciatio: ſich am dreißigſten Tag ad iudicem capiendum vor dem Magiſtrat wiedereinzufinden (§. 154 Note a. a*) das gemeinſame Muſter des Recuperatorenproceſſes und der Legis Actio per condictionem zu erkennen glaubt. Dieſe Meinung bringt in die Entwicklung des Verfahrens mehr innern Zuſammenhang. Die weitere Ausführung Mommſen's aber: die Legis Actio habe ihren Namen von der Comperendinatio (§. 154 a), alſo der dreytägigen Nachfriſt, da die Denunciation der dreißigtägigen Hauptfriſt nur eine einſeitige dictio, keine condictio geweſen ſei, — iſt, abgeſehen von andern Gründen (§. 53 e), gegen Gai. IV. 18 und 15, wo der Plural venirent deutlich genug auf eine gegenſeitige Denunciatio hinweiſt. R.)

Schon zur Zeit des Gaius war es zweifelhaft, auf welchem Grund ihre Einführung beruhe, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere. Es läßt ſich eine doppelte Veranlaſſung denken. Die eine iſt, daß man dieſe einfachſte aller Sachen, wobey der Richter ſtreng an den wörtlichen Inhalt des Geſchäfts gebunden, ſein Officium alſo eng begränzt war, ausſchließend an einen Einzelrichter weiſen wollte, auf daß das Collegium der Decemvirn nicht mehr damit behelligt würde[c]). Die andere wäre die Aufhebung des Creditirens durch Nexum, und die Entſtehung der neueren Contractsformen durch Stipulation, durch Einſchreiben in die Hausbücher, und beim Darlehen durch einfaches Hingeben des Geldes[d]), die, wenn auch im ius gentium längſt anerkannt, in den Zwölf Tafeln noch nicht garantirt waren, wegen deren alſo nicht lege hätte geklagt werden können. Wahrſcheinlich haben beide Veranlaſſungen zuſammen gewirkt[e]).

Eine ganz eigenthümliche Bewandtniß, wodurch ſie ſich von allen bisherigen unterſcheidet, hat es mit der legis actio per manus iniectionem, die als eine nothwendige Ergänzung für jene ſchon der älteſten Zeit angehört. In gewiſſen Fällen konnte durch feierliche Ergreifung des Beklagten vorgeſchritten werden. Der Kläger ſprach in ſolennen Worten den Grund aus, z. B. quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manus iniicio, und legte zugleich Hand an den Beklagten. Wo dieſe Legis Actio

---

c) Zwar konnte auch bey der legis actio sacramento nach der Lex Pinaria ein Richter grgeben werden, das hieng aber von dem Willen der Parteien ab. *d*) Pecunia stipulata, expensa lata, adnumerata Cic. pro Rosc. com. 4. 5. *e*) Eine dritte, die dahin geſtellt bleiben mag (die Vermeidung der Strafe an das Aerar, an deren Stelle nach der lex silia eine Succumbenzſtrafe von 33⅓ Procent an den Gegner trat), iſt genannt in Puchta veris. cap. III p. 9.

geſtattet war, fiel die In Jus Vocatio weg, der Kläger ergriff den Beklagten, wo er ihn traf, brachte ihn vor den Prätor, und nahm nun jene ſolenne Manus Injectio vor[f]). Sie war in ihrer urſprünglichen Geſtalt nicht die Einleitung zu einem Rechtsſtreit mit dem Beklagten, dieſer wurde vielmehr dem Kläger ſofort überantwortet, der ihn mit ſich nehmen und feſſeln konnte, wenn ſich nicht ein tüchtiger Vinder fand, der für ihn eintrat, die Klage (sacramento) übernahm, und jenen dadurch befreite[g]). Die Fälle, wo dieſe für den Beklagten ſo gefährliche Actio eintrat, waren nach den Zwölf Tafeln folgende: 1) Gegen einen verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner[h]). 2) Gegen den fur manifestus[i]). 3) Wenn jemand einen im Zuſtand der Freiheit lebenden Menſchen als ſeinen Sclaven anſprach, in servitutem vindicirte, ſo führte er dieſen Proceß nicht mit ihm ſelbſt (eine ſolche Verhandlung mit dieſem Menſchen wäre im Widerſpruch mit ſeiner Behauptung, daß er ſein Sclave ſey, geweſen), ſondern mit einem Aſſertor oder Vinder, d. h. er verfuhr gegen jenen Menſchen durch Manus Injectio mit obiger Folge[k]). 4) Aus den ge-

---

f) Wo daher eine außergerichtliche Manus Injectio geſtattet war, dürfen wir ſchließen, daß dieſe Legis Actio darauf folgte, wenn der Beklagte ſich mit dem Kläger nicht auf dem Weg zum Gericht abfand.

g) Festus: Vindex ab eo quod vindicat, quo minus is qui prensus est, ab aliquo teneatur. S. auch §. 160 Note e.

h) Dahin gehört wer der In Jus Vocatio nicht folgſam iſt, überhaupt der indefensus (§. 160), der aes confessus (§. 173).

i) Gai. III. 189. Vgl. Bd. I §. 80 S. 330.

k) Liv. III. 44: virgini venienti in forum (ibi namque in tabernis literarum ludi erant) minister decemviri libidinis (Claudius der Client, der ſie als ſeine Sclavin vindiciren ſollte) manum iniecit, serva sua natam servamque appellans sequi se iubebat. Zimmern (Civilproceß §. 44) ereifert ſich ſehr gegen Heffter, der dieſen Fall der Manus Injectio bemerkt hat (observ. ad Gaii comm. IV p. 15); es würde ihm aber ſchwer geworden ſeyn, anzugeben, wie denn ſonſt gegen den als Sclaven in Anſpruch genommenen hätte verfahren werden ſollen. Das Verfahren gegen einen Menſchen, mit dem ſelbſt man nicht

ſammten Nachrichten über das Nexum geht hervor, daß dieſer mit Anwendung der Mancipationsform (per aes et libram) eine Geldſchuld conſtituirende Contract dem Gläubiger eben-

---

den Proceß führen wird, iſt ſtets manus iniectio. — Es iſt hier der Ort, die Entſcheidung des Decemvir Appius zu erklären, von dem erzählt wird, er habe gegen die ausdrückliche Vorſchrift des von ihm ſelbſt verfaßten Geſetzes die vindiciae secundum libertatem verweigert (§. 161 Note s). Daß ſein Verfahren auch formell ſo frech geſetzwidrig war, wie es in den Erzählungen dargeſtellt zu werden pflegt, iſt kaum denkbar. Das Geſetz geſtattete dem in servitutem Vindicirenden die manus iniectio, zugleich befahl es die vindiciae secundum libertatem; die Anwendung dieſer letzten Vorſchrift ſetzt aber voraus, daß eine Vindication ſtattfindet, alſo daß ein Vindex eintritt, der den Proceß übernimmt. Dann und nicht früher iſt der Ergriffene bis zur Entſcheidung freizugeben. Für Appius, um die Jungfrau durch ſeinen Clienten in ſeine Gewalt zu bekommen, kam es daher nur darauf an, einen Zeitpunkt zu treffen, wo zu erwarten ſtand, daß ein Vindex nicht ſofort ſich finden werde, indem die Angehörigen abweſend waren, Andere ließen ſich wohl durch die Scheu vor dem mächtigen Mann abſchrecken, oder man konnte im Nothfall ihre Tüchtigkeit als Vindices beanſtanden. So geſchah es; in unziemlicher Eile, aber ohne Verletzung des formellen und geſchriebenen Rechts, gab Appius, als ſich kein Vindex anbot, ſein Decret, das dem Vindicanten die Jungfrau überlieferte. Nach dieſem kamen erſt Oheim und Verlobter der Unglücklichen hinzu, ſie boten ſich als Vindices an, Appius konnte dieſen Antrag für heute wegen geſchloſſenen Verfahrens, und auch abgeſehen davon, wegen des Näherrechts des angeblichen Vaters verwerfen. Das böſe Gewiſſen hieß ihn nachgeben, erſchien der Vater am andern Tage nicht (und er glaubte dieß verhindern zu können), ſo war dieß als ein Aufgeben ſeines Rechts, als ein Zugeſtändniß an den Kläger zu behandeln, und man gewann durch den Aufſchub einen definitiven Sieg in der Sache. Erſt als der Vater am zweiten Tag wirklich erſchien, riß den Decemvir die Wuth, ſich getäuſcht und den wohlangelegten Plan vereitelt zu ſehen, über die Schranken des formellen Rechts hinaus, doch auch dieſes nicht ohne einigen Schein, denn er hielt nur jenes erſte Decret aufrecht, das im Grunde nicht aufgehoben, ſondern nur in ſeiner Wirkung ſuſpendirt worden war, indem er die Fortſetzung der Verhandlungen ſelbſt ohne Zweifel auf einen andern Tag verſchob: priusquam aut ille (der Kläger) postulatum perageret, aut Virginio respondendi daretur locus, Appius interfatur (Liv. III. 47).

falls das ſtrenge Verfahren mit Manus Injectio verſchaffte, dem ſich der Schuldner durch jene Verpflichtungsart im Voraus unterwarf; wer ſich durch Nexum verpflichtet hatte wurde gleich von vorn herein pro damnato behandelt[1].

Alle dieſe Fälle werden unter dem Ausdruck zuſammengefaßt: die Manus Injectio findet Statt gegen den Judicatus und gegen den, welcher pro iudicato erachtet wird; auch in der Legis Actio ſelbſt kamen die Worte entweder iudicati (ſ. die obige Formel), oder pro iudicato vor (ob eam rem tibi pro iudicato manum iniicio). Durch ſpätere Geſetze wurde ſie pro iudicato noch in einigen anderen Fällen gegeben, wo dieſes ſtrenge Verfahren gerecht und zweckmäßig ſchien. So durch die Lex Publilia dem Sponſor gegen den Schuldner, für den er ſich verbürgt und bezahlt hatte, wenn ihm nicht innerhalb ſechs Monaten das Bezahlte wieder erſtattet war (actio depensi), durch die Lex Furia gegen den Gläubiger, der von einem von mehreren Sponſores mehr als den ihn treffenden Theil der Schuld beigetrieben hatte. Später indeſſen fand man die Vermehrung dieſer Fälle bedenklich, im Intereſſe der bürgerlichen Freiheit entſtanden Beſchränkungen der Manus Injectio, theils durch den Einfluß der Prudentes, theils durch Geſetze. In einigen Geſetzen, welche die Manus Injectio gaben, war nicht ausdrücklich geſagt, daß ſie pro iudicato ſtattfinden ſoll: ſo in der lex furia testamentaria gegen den, welcher ein größeres Legat, als das Geſetz geſtattete, angenommen hatte, in der Lex Marcia gegen die Wucherer, die ungeſetzliche Zinſen beigetrieben hatten. Dieß gab, da es gerecht ſchien, das ſtrenge Verfahren ſo viel möglich einzuſchränken, Veranlaſſung zur Annahme einer Manus Injectio, die man pura im Gegenſatz zu der pro iudicato nannte, und bey welcher von jenem Verfahren nichts übrig blieb, als die Einleitung durch das außergerichtliche Ergreifen und die vor dem

1) Die Natur des Nexum wird im Privatrecht unterſucht werden.

Prätor geſprochenen Worte, der Beklagte bedurfte hier keines Vinder, er konnte manum sibi depellere et pro se lege agere, d. h. es wurde von da an gegen ihn mit einer der übrigen legis actiones geklagt. Dieß ſuchte man auch für frühere Geſetze, wenn darin nicht die Worte pro iudicato ſtanden, geltend zu machen. Die Rechtsunſicherheit, die dadurch entſtanden war, hob eine Lex, deren Name bey Gaius nicht vollkommen lesbar iſt[m]), durch die Vorſchrift, daß die Manus Injectio mit der alten Wirkung nur in zwey Fällen ſtattfinden ſolle: gegen den Judicatus und bey der actio depensi; in allen andern blieb von ihr nur jene außergerichtliche Ergreifung übrig. Ueber die Aufhebung eines wichtigen Falls, des Nexum, haben wir noch eine beſondere Nachricht. Ein Geſetz, welches in der Mißhandlung eines Jünglings C. Publilius durch deſſen Gläubiger ſeinen nächſten äußerlichen Anlaß gehabt haben ſoll[n]), ſchrieb vor[o]), daß die gegenwärtigen und künftigen Nexi befreit ſeyn ſollten, d. h. daß ein Nexus die Folgen der Manus Injectio ohne Vinder durch ſeine eigene Stellung vor Gericht ſollte abwenden können, wodurch das Nexum aufhörte, dem Gläubiger einen beſondern Vortheil zu gewähren, und darum außer Gebrauch kam. Man pflegt dieſes Geſetz Lex Pötelia oder Pötelia Papiria zu nennen. Dieß

m) Gai. IV. 25. In der Handſchrift hat man geleſen lege uallia oder auch uauia oder ualeia. Die Vermuthungen: valgia, villia, velleia, varia, aquilia führen zu keinem irgendwie erheblichen Reſultat. Eher könnte die lex publilia bei dem sponsor gemeint ſeyn. (Vgl. Note q*. R.)

n) Liv. VIII. 28. Cic. de republ. II. 34: quum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum, und die valeſianiſchen Excerpte aus Dionyſius (Oxon. 1704 p. 709), Varro de L. L. VII. 105 (Müller) nach der florentiniſchen Handſchrift, (aus der die andern gefloſſen ſind) von dem Nexum: hoc C. Popilio vocare sillo dictatore sublatum ne fieret, ut omnis qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi sed soluti.

o) Vgl. Savigny über das altröm. Schuldrecht (1834) S. 16.

gründet ſich lediglich darauf, daß Livius erzählt, der Senat habe den Conſuln geboten, eiu Geſetz jenes Inhaltes einzubringen und daß er dieſe Thatſache in das Jahr 428, wo C. Pötelius und L. Papirius Conſuln waren, einreiht. Geben wir dieß auf (und mit voller Beſtimmtheit ſagt nicht einmal Livius, jene Conſuln hätten wirklich das Geſetz eingebracht), ſo haben wir überhaupt keine Veranlaſſung mehr, das Geſetz einem Pötelius zuzuſchreiben; dieß haben die überſehen, welche jenem Conſul den Dictator Pötelius vom Jahre 441 ſubſtituiren wollen[p]). — Hier dringt ſich folgende Bemerkung auf. Drey Thatſachen ſind uns überliefert, die theils entſchieden theils höchſt wahrſcheinlich in einer inneren Beziehung zu einander ſtehen: die Aufhebung des Nexum (von Varro, Cicero, Livius, Dionyſius bezeugt) durch ein Geſetz, deſſen Name nicht ſicher iſt[q]), die Beſchränkung der Manus Injectio, für die Gaius ein Geſetz von zweifelhaftem Namen anführt (Note m), und die Lex Silia, welche eben für den Fall, bey dem das Nexum üblich war, eine neue Legis Actio einführte (ſ. oben). Sollten dieß nun wirklich drey verſchiedene Geſetze ſeyn? Undenkbar wäre es nicht, ja es würde ſich dieſer Umſtand ganz gut erklären laſſen, aber wir müſſen nicht vergeſſen, daß die Exiſtenz dreier verſchiedener Geſetze durchaus nicht hinlänglich beglaubigt iſt[q*]).

---

p) Niebuhr (röm. Geſch. III S. 178. 343). Von der gleichen Annahme iſt die Emendation des Varro Poetelio ſtatt Popilio ausgegangen, welche Lachmann ſo vervollſtändigt hat: hoc C. Poe*te*lio *Liuone Visu*lo dictatore sublatum ne fieret: et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti. (Eben ſo jetzt Huſchke, Recht des Nexum (1846) S. 129—131. R.)

q) Das handſchriftliche sillo bey Varro könnte gar wohl Silio zu leſen ſeyn. *q**) (Huſchke a. a. O. S. 143—147 vermuthet, die lex vallia Note m) möge eine lex valeria des Dictators M. Valerius Corvinus geweſen ſeyn, mit der man den gefährlichen Schuldneraufſtand im Jahr 413 (Victor de viris ill. 29. Appian. de reb. samnit. I. 1. 2.) beſchwichtigt habe. Der Aufhebung der executiven Manus

Die letzte Legis Actio, die mit der Manus Injectio das gemein hat, daß ſie nicht auf die Anordnung eines Judiciums gerichtet iſt, aber von allen dadurch ſich unterſcheidet, daß ſie nicht vor dem Magiſtrat, auch nicht gegenüber dem Gegner, alſo gewiſſermaßen extra ordinem des alten Rechts vorgenommen wird, iſt die per pignoris capionem. Sie beſteht in der Wegnahme einer Sache mit feierlichen Worten, die den Grund der Pfändung ausdrückten. Das Pfand mußte von dem Schuldner gelöſt werden, oder es wurde verkauft [r]). Die pignoriscapio, die der Magiſtrat durch einen Diener vollſtrecken ließ (Bd. I §. 79 Note s und unten §. 179), iſt hier nicht gemeint, ſondern die einer Privatperſon zuſtehende; dennoch aber haben alle Fälle, wo ſie theils nach altem Gewohnheitsrecht, theils nach geſetzlicher Vorſchrift ſtattfand, einen engen Zuſammenhang mit dem öffentlichen Intereſſe. Vor allem gehört dahin die pignoriscapio rei militaris, die der Soldat wegen des Solds, aes militare, der Ritter wegen des aes equestre (Summe für das Pferd), und wegen des Futtergelds, aes hordearium, gegen den hatte, der es zu bezahlen ſchuldig war. Dieſe Gelder pflegten nämlich in alter Zeit nicht aus dem Aerarium gezahlt, ſondern die Empfänger an diejenigen unmittelbar gewieſen zu werden, denen dieſe Leiſtung auferlegt wurde [s]). Wie die Soldaten Forderungen gel-

---

Injectio bei beſtrittenen Forderungen ſey dann als ein weiterer Schritt das Verbot dieſer Proceßform bei eingeſtandener Schuld (durch die lex poetelia) gefolgt. R.)

r) Gai. IV. 32.

s) Liv. I. 43: — et quibus equos alerent, viduae adtributae, quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Gai. IV. 27: — nam propter stipendium licebat militi, ab eo qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere —. Cato apud Gell. VII. 10: pignoriscapio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat —. Paul. ex Festo: aerarii tribuni a tribuendo aere sunt appellati. Aerarium sane populus romulus in aede Saturni habuit. Dieſer letzte Satz zeigt, daß die tribuni aerarii mit dem Aerarium nichts zu thun hatten, und daſſelbe geht auch aus der Erklärung des Namens im er-

tend machten, die ihrem Urſprung nach öffentliche waren, ſo war dieß auch der Fall bey den Publicanen, denen die pignoriscapio wegen der gepachteten Staatseinkünfte gegen die Abgabenpflichtigen ebenfalls gegeben war. Eine andere Claſſe von Fällen betrifft das ius sacrum. Die Zwölf Tafeln ließen die pignoriscapio zu gegen den, welcher ein zum Opfer beſtimmtes Thier kaufte und den Preis nicht zahlte, ferner gegen den Miether eines Thiers, deſſen Miethpreis zur Verwendung in dapem (in sacrificium) beſtimmt worden iſt.

ſten Satz hervor, ſo wie aus dem dieſer Mißdeutung ganz entnommenen: tribuni aeris bey Plin. hist. nat. XXXIII. 7. Daß dieſe tribuni aerarii (die auch unter den Judices der Lex Aurelia vorkommen Bd. I S. 273) keine Magiſtrate waren, wie man früher geglaubt hat, womit ſich denn freilich die pignoriscapio der Soldaten gegen ſie, und ebenſo die beträchtliche Anzahl, welche die Lex Aurelia vorausſetzt, ſchlecht vertrug, dieß hat ſehr gut und überzeugend nachgewieſen Madvig de tribunis aerariis 1838. (Eben ſo wenig aber dürfen ſie mit den bürgerlichen Tribusvorſtehern (curatores tribuum) identificirt werden, wie Mommſen (die römiſchen Tribus, 1844 S. 24. 51—57. Vgl. dagegen Huſchke in Richter's Jahrbb. 1845 S. 591 ff.) gethan hat. Vielmehr waren ſie Militärintendanten, denen in früherer Zeit die Zahlung des Soldes ſo aufgelegt war, daß die Soldaten mit ihrer Soldforderung unmittelbar an ſie gewieſen wurden. Der erſte unter ihnen hatte zugleich die Liſte (tributus) des Soldes und der Lieferungen zu entwerfen. (Feſtus im Auszuge s. v. primanus tribunus erat, qui primae legionis tributum scribebat.) Nach Abſchaffung der Pignoris Capio, die ſchon zu Cato's Zeit antiquirt war, gieng die Soldzahlung von den Tribunen auf die Quäſtoren über. R.) Zur Zeit der Lex Aurelia hatte demnach ihre urſprüngliche Bedeutung längſt aufgehört, und der Name bedeutete (wie der der Ritter — Schol. Bob. p. 229 Orell. tribuni aerarii et equites eiusdem scilicet ordinis viri) nur noch einen gewiſſen Cenſus. So kommt er auch noch ſpäter für eine Richterdecurie vor Plin. hist. nat. XXXIII. 7. 8.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

b. Formulae.

aa. Allgemeines.

CLXIII. Die eigentliche Form der Legis Actiones beſtand darin, daß durch mündliches Ausſprechen gewiſſer Worte der Proceß begonnen wurde, und der Anſpruch, den man geltend machte, mit Geſetzesworten bezeichnet werden mußte. Wer darin fehlte, verlor den Proceß. Dieſe enge Anſchließung an das geſetzliche Recht hemmte nicht eine weitere Entwickelung des Rechts, ſo lange dieſe an dem eigentlichen Geiſt des Jus civile feſthielt (Bd. I §. 78), als ſie aber unter den Einflüſſen des Jus Gentium eine freiere und ſelbſtſtändigere Richtung nahm, mußte jene Nothwendigkeit der Legis Actiones eine immer drückendere Feſſel werden. Aber dieß war es nicht allein, was eine andere, dieſen Bedürfniſſen entſprechendere, biegſamere Form des Verfahrens wünſchenswerth machte. Wären auch die Prudentes bereit geweſen, ſofort der Erweiterung des Rechtsbewußtſeyns durch Anfügung, wie es eben hätte glücken wollen, an die geſetzlichen Sätze Platz zu machen, ſo hätte es nicht fehlen können, daß man in der Legis Actio einen Anſpruch genannt hätte, von dem der nachher vor dem Richter vorgebrachte ganz verſchieden war, die Theilnahme des Magiſtrats wäre eine ganz leere Form geworden, während der Richter, durch keine Vorzeichnung ſeiner Thätigkeit mehr beſchränkt, eine unberechenbare Macht erhalten hätte. Gerade dieſes Bedürfniß, unter dem ſich ausdehnenden Recht dem Magiſtrat eine maßgebende Mitwirkung zu bewahren, und der mit dem Recht ſelbſt wachſenden Macht der Richter Schranken zu ziehen, alſo mit einem Wort, eben die Vortheile der Trennung des Verfahrens in Jus und Judicium feſtzuhalten, führte zu der neuen Einrichtung, die hier beſchrieben werden ſoll. Sie verſtärkte den Einfluß der Magiſtrate, und ſtimmte ſo mit der ganzen Richtung zuſammen, welche die Entwickelung des römiſchen Staats nahm.

Dieſe einflußreichere Stellung geſtaltete ſich zuerſt bey der Peregrinenjurisdiction. Ob nicht hier ſchon das Verfahren, das nachher auf die Römer übergetragen ward, im Weſentlichen ſich gebildet hatte, mag dahin geſtellt bleiben, unwahrſcheinlich iſt es nicht[a]). Für die Römer blieben die Legis Actiones das ausſchließliche Verfahren bis zur Lex Aebutia, welche neben ihnen ein anderes Verfahren, das durch Formulä einführte (Bd. I §. 80).

Dieſes neue Verfahren beſtand darin, daß der Proceß eröffnet und anhängig gemacht ward durch eine Schrift, in welcher der Magiſtrat die Streitpunkte zuſammenfaßte, per concepta verba. Die Schrift heißt formula. Dieſe enthält 1) die Beſtellung des Judiciums, vor dem die Sache verhandelt werden ſoll: Octavius iudex esto[b]), oder: P. Cornelius, C. Laelius, M. Sempronius recuperatores sunto; (bey dem Formularverfahren wurde ſtets das Judicium beſtellt, — um die Sache an ein ſtändiges Gericht zu bringen, mußte durch Legis Actio geklagt werden;) 2) die Inſtruction des Richters, welche durch Zuſammenfaſſung des Streitpunkts mit der Anweiſung, nach Befinden: si paret — si non paret zu entſcheiden, ertheilt ward.

Das Verfahren mit Legis Actiones wurde nicht aufgehoben, weder durch die Lex Aebutia, noch durch die beiden Leges Juliä, welche es noch mehr als jene einſchränkten[c]). Schon

---

a) Der Legis Actio war der Peregrine nicht fähig, aber ihre Anwendung ließ ſich ſo denken, daß der Peregrine einen Bürger zum Vertreter haben mußte, der für ihn als actor auftrat, wie es noch ſpäter bey den pecuniae repetundae geſchah (§. 156). Dieß mag der älteſte Modus bey Proceſſen zwiſchen Römern und Peregrinen geweſen ſeyn, der dann vielleicht einem dem ſpäteren römiſchen analogen Verfahren Platz machte. *b*) Cic. in Verr. II. 12. (Valerius Probus: I. E. iudex esto. R.)

c) Gell. XVI. 10. Gai. IV. 30. 31. Da die legis actio nicht bloß für ein privatum iudicium, ſondern auch bey einem publicum (ſo bey

durch die Aebutia aber wurden gewiſſe Legis Actiones ſicherlich ganz abgeſchafft, ſo die per condictionem, die in der That keine Bedeutung mehr hatte, und ſelbſt nur eine Art von Uebergangsbildung zu dem neueren Verfahren geweſen war, vielleicht auch die per iudicis postulationem. Seit den Leges Juliä blieben nur zwey Fälle übrig, wo die Legis Actio geſtattet ward: wegen damnum infectum (ohne daß Gaius die Form näher angiebt, er ſagt nur, daß ſie hier niemals wirklich vorkomme), und wenn die Rechtsſache vor die Centumvirn kommen ſoll, wo ſie durch legis actio sacramento vor einem Prätor oder Präſes Provinciä eingeleitet werden muß[d]). Damit waren die übrigen Legis Actiones außer Anwendung geſetzt, und nur dadurch noch in einer Art von Geltung, daß ihre Vornahme bey manchen Klagen im Formularproceß fingirt wurde, d. h. dieſe Klagen auf dieſelbe Leiſtung gegeben wurden, die hätte gefordert werden können, wenn die Legis Actio vorgenommen worden wäre[e]).

Es iſt ſchon bemerkt worden, wie durch das neue Verfahren die Thätigkeit des Magiſtrats erhöht wurde. Während bey der Legis Actio ſeine Rolle eine ziemlich paſſive war, ſo hatte er nun die Formula, alſo die Klage in ihrer proceſſualiſchen Geſtalt, abzufaſſen und zu geben: iudicium, formulam,

---

den repetundae) vorkommen konnte, ſo iſt es das Natürlichſte die „duas iulias“ von den leges iudiciorum privatorum und publicorum des Auguſt (oder der lex iulia repetundarum des Cäſar: Rudorff, Zeitſchr. XII S. 136—149. R) zu verſtehen.

d) Gai IV. 31: ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum aut peregrinum *praesidemve provinciae*. Vgl. Bd. I §. 93 Note m. Die Vornahme der Legis Actio war eine reine Formalität, darum war es gleichgültig, bey welchem Magiſtrat (ſeine Fähigkeit zu dieſer Function vorausgeſetzt, Bd. I §. 92) ſie geſchah, dieſer Magiſtrat hatte keinen Einfluß auf das centumvirale iudicium darum, daß er bey der Legis Actio mitwirkte. *e*) So bey der Klage des Publicanus gegen den Zollpflichtigen Gai. IV. 32, während vor den Leges Juliä den Publicanen noch die pignoriscapio ſelbſt zuſtand. Cic. Verr. III. 11.

actionem dabat, die Partey poſtulirte und impetrirte ſie, ſey es in Gemäßheit des Jus civile (denn auch die civiles actiones mußten doch erſt von dem Magiſtrat concipirt und ſomit gegeben werden) oder des Edicts. Der Magiſtrat konnte aber die Formel, die ſich die Partey erbat, aus beſtimmten Gründen verweigern, denegare actionem, ſo 1) wenn die Klage gar nicht im Recht begründet iſt, wenn es gar keine ſolche Klage, wie ſie poſtulirt wird, giebt; 2) wenn die Anſtellung der Klage contra bonos mores iſt, ſo namentlich eine turpis obligatio geltend gemacht werden ſoll[f]; 3) wenn die Klage im Edict nur ſo verſprochen iſt, daß ihre Verwilligung im einzelnen Fall von dem Ermeſſen abhängig gemacht wird[g]); 4) wenn die Nichtzuſtändigkeit der Klage ohne Unterſuchung auf der Hand liegt, z. B. der Schuldner bereit iſt zu zahlen[h]), oder die Sache erwieſenermaßen ſchon entſchieden iſt[i]); 5) als Zwangsmittel gegen einen Ungehorſamen, um ihn durch Verweigerung der Klage zur Befolgung eines Gebots zu vermögen[k]).

bb. Partes Formulae.

CLXIV. In die Formel werden die Anträge der Parteien zur Nachachtung des Gerichts aufgenommen und in die proceſſualiſche Form gebracht. Die Formeln bekommen ihren Inhalt theils durch die Anſprüche und Anträge des Klägers theils durch Anträge des Beklagten. In Beziehung auf die Anträge des Klägers, inſofern alſo die Formel die Klage ent=

---

f) L. 26. 27 D. de V. O. (45, 1).

g) Z. B. das Edict: Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo L. 15. §. 34 D. de iniur. (47, 10).

h) L. 30 D. de solut. (46, 3) L. 21 D. de iudic. (5, 1).

i) Cic. pro Flacco 21. *k*) Z. B. L. 1 §. 10. 13 D. de collat. (37, 6).

hält und geſtaltet, wovon hier zunächſt die Rede ſeyn wird, kann ſie vier Beſtandtheile haben (partes formulae), wenn auch nicht alle neben einander in Einer Formel vorkommen können: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio [a]).

Der erſte Theil iſt die Demonſtratio: die Bezeichnung des Factums, welches dem Anſpruch des Klägers zu Grunde liegt; es wird ſo ausgedrückt, wie es der Kläger behauptet: Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit — Quod A. A. No No hominem vendidit. Der Zweck der Demonſtration iſt, das Verhältniß, über welches der Richter zu urtheilen hat, näher zu beſtimmen, wo es dieſer Beſtimmung bedarf, was von der Beſchaffenheit der zweiten Pars Formulä abhängt. Die Frage, welche Formeln eine Demonſtration enthielten, wird erſt unten beantwortet werden können.

Die Demonſtratio erhält zuweilen einen Zuſatz eigenthümlicher Art, welcher praescriptio (pro actore vgl. §. 171)

---

a) Gai. IV. 39. 52. Zur Veranſchaulichung mag hier einſtweilen folgende Formel ſtehen: Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est (Demonſtratio), Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet (Intentio), Eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito (Condemnatio). Den Kläger pflegen die römiſchen Juriſten in ihren Anleitungsformularien mit Aulus Agerius (der Reiche, welcher klagt), den Beklagten mit Numerius Negidius (der zahlen ſoll und ſich weigert) zu bezeichnen, ein altväteriſcher Scherz, der in den Unterrichtsbüchern herkömmlich fortgeführt ward. (Eine Schwierigkeit trat ein, wenn eine Partey zwiſchen der Stipulation und Litis Conteſtatio ihren Namen durch Capitis Diminutio oder Annahme eines fremden geändert hatte. Von dieſem Fall handelt ein Fragment des P. Aufidius (Namuſa oder Tucca Bd. I S. 432) bey Priscian. 8, 4. p. 791 Putsch. si quis alio vocitatur nomine tum, cum lis contestatur, atque olim vocitabatur. — Ohne Zweifel wurde in der Demonſtratio der frühere Name genannt und der jetzige mit der Deſignatio qui nunc . . . vocitatur hinzugeſetzt; in der Intentio und Condemnatio aber der jetzige und dieſem der ehemalige etwa mit einem: cui olim . . . . nomen fuit angeſchloſſen. Oder man half durch eine Präſcription (wie in dem ähnlichen Fall bey Gai. IV. 134.) Huſchke, Zeitſchr. X S. 339—342. R.)

heißt [b]). Eine Forderung kann auf mehrere Präſtationen gerichtet ſeyn, von denen man jetzt eine einklagen, die andere ſich vorbehalten will, die Formel aber iſt von der Beſchaffenheit, daß ſie überhaupt auf das geht, was der Beklagte dem Kläger aus dieſem Verhältniß ſchuldet: quidquid ob eam rem (die vorher in der Demonſtration genannte) dare facere oportet (incerta actio ſ. nachher). Hier liegt jene Beſchränkung des Judiciums auf einen Theil des geſammten Gegenſtands nicht in dieſer Faſſung des Anſpruchs ſelbſt, dieſe vielmehr iſt auf alles, was der Kläger aus dem Verhältniß zu fordern hat, gerichtet, die Beſchränkung kann aber durch einen einleitenden Zuſatz bewirkt werden, der die an ſich allgemeinere Klage auf den einzelnen Punkt reducirt: ea res agatur etc. mit dem Vorbehalt, ſie wegen der übrigen noch einmal anzuſtellen [c]). Dieß fand Anwendung, wenn die Forderung auf terminweiſe Präſtationen gieng, von denen noch nicht alle fällig waren: ea res agatur cuius rei dies fuit. Ohne dieſen Zuſatz würde der Kläger jetzt auch nur den fälligen Theil bekommen haben, aber nach dem Eintritt der folgenden Termine, da die ganze Sache in Judicium deducirt worden wäre (was eben durch den Zuſatz verhindert wird), nicht wieder haben klagen können. Ferner wenn überhaupt der Kläger ſich veran-

---

b) Gai. IV. 130—137.

c) Cic. de fin. II. 1: Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio, praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: ea res agatur ut inter quos disseritur, conveniat quid sit id, de quo disseratur. (In demſelben Werk (V. 26) braucht er das Gleichniß noch einmal: et ego, Piso, inquam, si est quisquam, qui acute in causis videre soleat, quae res agatur, is es profecto tu. Aus der Vergleichung beider Stellen erhellt, daß in der erſtern die Worte *ea* res agatur in: *quae* res agatur zu ändern und ſtatt für den Anfang einer Präſcriptio vielmehr für eine Anſpielung auf die Demonſtratio oder Deſignatio §. 165 vv* zu nehmen ſind. Dieß ſcheint Huſchke, Zeitſchr. XIII S. 327 zu überſehen. — Dagegen gehört hierher P. Diac. E. R. A. ea res agitur (lies agatur) R.)

laßt ſah, für jetzt nur einen Theil ſeiner Anſprüche mit einer an ſich unbeſtimmt auf das Ganze gefaßten Klage geltend zu machen, z. B. wenn der Käufer, dem zugleich die Mancipation des gekauften Grundſtücks verſprochen iſt, einſtweilen dieſe, ſpäter erſt die Tradition fordern will: ea res agatur de fundo mancipando[d]). Dieſe Präſcriptiones ſetzen eine Klage auf ein Unbeſtimmtes, incerta actio, voraus, denn iſt die Formel auf einen beſtimmten Gegenſtand gerichtet, ſo kann die Beſchränkung durch die Faſſung auf den Theil ſelbſt erreicht werden, z. B. wenn der Kläger zwanzig ſtipulirt hat und er will jetzt nur die Hälfte ausklagen, ſo thut er dieß mit der Formel: si paret decem dare oportere reum, und iſt nicht gehindert, wegen der übrigen zehn ſpäter wieder zu klagen[e]). Aber es giebt dennoch einen Fall, wo auch bey einer certa actio eine Präſcriptio nöthig wird. Wenn der Herr aus einem Contract ſeines Sclaven klagt, ſo wird er in der Formel als der Gläubiger bezeichnet, denn er erwirbt die Forderung durch ſeinen Sclaven. Nun wird es aber doch nothwendig anzugeben, wer den Contract geſchloſſen hat, dieß geſchieht bey der incerta actio (quidquid etc.) in der Demonſtration: quod Stichus servus de N. N. incertum stipulatus est, worauf dann folgt: quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao (dem Herrn des Stichus) dare facere oportet, nnd eine Präſcriptio iſt unnöthig. Anders bey der certa actio, die keine Demonſtratio enthält (§. 167), ſondern gleich ſo beginnt: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere, hier wurde jenes

---

d) Vgl. außer Gaius (Note b) auch L. 48 §. 7 D. de aedil. ed. (21, 1): cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et praedicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. — Vielleicht wurde auch die Proteſtation bey der Klagencumulation (L. 1 §. 4 D. quod leg. (43, 3) quotiens incertum est, quae potius actio teneat — duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit) durch eine Präſcriptio ausgedrückt.

e) Gai. IV. 56. S. unten §. 167.

factiſche Verhältniß, daß A. A. nicht ſelbſt, ſondern ſein Sclave dieſe Summe ſtipulirt habe, in einer vorausgeſchickten praescriptio angegeben[f]). Was endlich die Faſſung des Zuſatzes, von dem hier gehandelt worden iſt, anlangt, ſo wird er entweder mit den Worten: ea res agatur etc. ganz vorausgeſchrieben, und davon hat er den Namen praescriptio erhalten, oder er wird mit der Demonſtration verwebt[g]), theils ſo, daß dieſe zwiſchen jene Eingangsworte und die den Inhalt der Präſcriptio bezeichnenden hineingeſetzt wird[h]), theils ſo daß die Eingangsworte (ea res agatur) ganz weggelaſſen werden.

CLXV. Wir gehen zur Intentio über. Dieß iſt der Theil der Formel, welcher am engſten mit den Rechten, die geltend gemacht werden, zuſammenhängt, und darum auch den bedeutendſten Einfluß auf die Natur des Rechtsſtreits hat.

Die Intentio iſt die Bezeichnung des Rechts, welches der Kläger nach dem Jus civile ſich zuſchreibt, das er geltend macht und gegen den Beklagten verfolgt, daher ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. In der Intentio zeigt ſich daher die Verſchiedenheit der Klagen, ſoweit ſie von der verſchiedenen Natur der geltend gemachten Rechte abhängt. Hier ergiebt ſich nun folgender Unterſchied als der erſte und bedeutendſte.

Die Intentio iſt entweder ausdrücklich gegen die Perſon des Beklagten gerichtet z. B. si paret, *Numerium Negidium*

---

f) Dieß die Erklärung der durch Unlesbarkeit der Handſchrift abgeriſſenen Stelle des Gaius IV. 134. 135. Die Präſcriptio vertritt hier die Demonſtration, und dadurch ſchließt ſich dieſer Fall den praescripta verba an, von denen unten §. 165 a. E. die Rede ſeyn wird.

g) Loco demonstrationis d. h. in (nicht: ſtatt) der Demonſtratio.

h) Z. B. *ea res agatur*, quod N. N. pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, modo (Huſchke, Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII. 329—332.) *cuius rei dies fuit*. R.)

Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, oder es iſt darin nur der Gegenſtand, auf den der Anſpruch des Klägers geht, genannt z. B. si paret, *hominem* (fundum, ius utendi fruendi, hereditatem) ex iure quiritium Auli Agerii esse. Im erſten Fall iſt die Intentio in personam gefaßt, und die Klage heißt in personam actio, im zweiten Falle in rem, und die Klage iſt eine in rem actio[a]). Dieſe intentio in rem iſt für den Formularproceß, was bey den Legis Actiones die Vindicta (§. 161), darum führt auch jene den Namen vindicatio, der moderne Name dafür iſt petitio (daher formula petitoria §. 168); für die in rem actiones wechſelt darum die Bezeichnung vindicationes und petitiones ab[b]), ſo daß für manche Fälle jene (rei vindicatio, servitutis vindicatio, in servitutem, in libertatem vindicatio), für manche dieſe (ususfructus petitio, hereditatis petitio) die üblichere iſt. Dagegen wird für die intentio in personam das Wort actio in einem ausgezeichneten Sinne gebraucht[c]). Als in rem actio wird aber auch die behandelt, wodurch lediglich dem Gegner ein Recht an der Sache abgeſprochen wird: negativa oder negatoria in rem actio (Note a): ius illi non esse utendi fruendi,

---

a) Gai. IV. 2. 3: In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, id est, cum intendimus, dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi vel prospiciendi, item actio ex diverso adversario est negativa. *b*) Gai. IV. 5. L. 28 D. de O. et A. (44, 7) L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16).

c) S. die Pandektenſtellen der Note b. Die letzte ſagt daher: actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur —, eine Bemerkung, die ſich auf die Zuſammenſtellung dieſer Ausdrücke in Geſetz und Vertragsformeln bezieht vgl. z. B. L. 18 §. 1 D. de acceptil. (46, 4).

eundi agendi etc., obgleich in dieſer Intentio als nothwendige Folge ihrer negativen Faſſung der Gegner genannt wird. Eben ſo giebt es umgekehrt Fälle, wo die Perſon des Gegners nicht erwähnt wird, und wo die Klage doch als eine perſönliche gilt[d]). So erhebt ſich die Eintheilung der Klagen in in rem und in personam actiones über die proceſſualiſche Form; ſie trifft in ihren Hauptfällen mit jener verſchiedenen Faſſung der Intentio zuſammen, aber ſie iſt nicht ſchlechthin abhängig von derſelben, ſo daß ſie ſelbſt die Klagen umſchließt, welche, wie unten vorkommen wird, gar keine eigentliche Intentio (iuris civilis) haben. Und dieß hat ſeinen Grund darin, daß jene Faſſung der Intentio keinen proceſſualiſchen, ſondern einen materiellen Urſprung hat, nicht durch ſie iſt jener Unterſchied der Klagen ſeinem Weſen nach (der Name wohl) entſtanden, ſondern umgekehrt, die Verſchiedenheit der geltend gemachten Rechte hat jene Verſchiedenheit der proceſſualiſchen Form hervorgebracht (S. Bd. I S. 90). Es ſind die Klagen aus Obligationen, deren Intentio in personam gefaßt wird (Note a), da ſich das Rechtsverhältniß, das die Intentio bezeichnen ſoll, gar nicht ohne Angabe des Beklagten (des Schuldners) ausdrücken läßt; die Klagen aus allen andern Rechten ſind in rem actiones, und ihre Intentio iſt in rem concipirt, weil mit der Bezeichnung des Rechts die Perſon des Beklagten nichts zu thun hat[e]).

Die Intentio in rem geht immer auf ein certum, d. h. der Gegenſtand, auf den ſie gerichtet wird, kann und muß ſtets be-

---

d) L. 1 §. 3 D. de interd. (43, 1): interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 9 §. 8 D. quod metus (4, 2): cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est. —

e) Wegen dieſes materiellen Gehalts der Eintheilung und ihres allgemeinen Charakters und Umfangs vgl. nun Savigny Syſtem des heut. R. R. V §. 206—209.

ſtimmt angegeben werden[f]), die in rem actio iſt eine formula qua certum petimus[f*]). Anders verhält es ſich mit der intentio in personam; auch dieſe kann certa, aber ſie kann auch incerta ſeyn, und hiernach werden die formulae ſelbſt in certae und incertae geſchieden[g]).

---

f) (Dieſe beſtimmte Angabe vertritt die Stelle der Gegenwart der Sache, wodurch im Legisactionenproceß die Identität conſtatirt wurde. §. 162 Note n. L. 6 D. de R. V. (6, 1) si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem et quotam petat. appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. — infectae — materiae pondus, signatae — numerum, factae — speciem dici oportet, sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. — In petendo homine nomen eius dici — item fundum petiturus, nomen eius et quo loci sit, dicere debebit (vgl. Cic. pro Mur. 12 cum hoc fieri bellissime posset: fundus sabinus meus est: immo meus: deinde iudicium: noluerunt. Fundus, inquit, qui est in agro, qui sabinus vocatur.) Ueber dieſe Bezeichnungen enthielt das Edict ſehr beſtimmte Vorſchriften. Der techniſche Ausdruck dafür iſt designare, oder — von der mündlichen Legis Actio und Editio her — (certum) dicere: Collatio II. 6. 3: certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. R.)

*f**) Ein incertum wäre hier nur möglich, wo jemand das eingeklagte Recht ſich bloß zu einem Theil zuſchreibt z. B. das Miteigenthum geltend macht, wenn er dieſen Theil noch nicht beſtimmt anzugeben vermöchte, aber dieſe incertae partis vindicatio iſt nur ausnahmsweiſe, wo ein dringender Grund dazu auffordert, geſtattet Gai. IV. 54. (wo Huſchke's Scharfblick in den Worten: velut si heres *quantam partem* petat *in eo fundo, quo de agitur, pareat ipsius esse* den Anfang der incertae partis rei vindicatio erkannt hat. Vgl. Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII S. 296 R.) L. 76 §. 1 D. de R. V. (6, 1) L. 8 §. 1 D. comm. div. (10, 3). L. 1. §. 5 D. si pars (5, 4).

g) Gai. IV. 54. 131. (Bei der intentio certa in personam verlangt das Edict in der vom Kläger edirten Formel ebenſo beſtimmte Angaben wie bey der intentio in rem (Note f), alſo: wenn die Klage auf certa pecunia numerata gerichtet iſt, Angabe des Gepräges (Note m) und der Zahl der Geldſtücke; wenn ſie auf eine certa res geht, Anführung des Namens oder der Eigenſchaften: L. 6 D. de R. V. (6, 1) si vestimenta nostra esse, *vel dari nobis oportere* petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem? et magis est, ut

Die Intentio in personam, wenn ſie auf ein certum gerichtet iſt, erhält die Faſſung: si paret reum dare oportere. Dare nämlich in dem eigentlichen Sinn des Worts heißt das Geben eines Gegenſtandes, wodurch derſelbe des Empfängers wird ex iure quiritium, alſo mit der Wirkung daß er ihn durch jene in rem actio vindiciren kann[h]). Der Gegenſtand der Forderung, und damit die Intentio in personam hat alſo hier dieſelbe Beſtimmtheit, die er ſtets bey der intentio in rem hat. Die certa formula ſetzt mithin zweierley voraus 1) die Forderung muß auf einen Gegenſtand gerichtet ſeyn, der möglicherweiſe Gegenſtand jener Vindication werden kann, ſey er eine Sache, res corporalis (bewegliche Sachen und italiſche Grundſtücke), oder ein Recht, res incorporalis (usus, ususfructus, ius eundi u. ſ. f. — bey Rechten an Grundſtücken werden ebenfalls italiſche vorausgeſetzt)[i]); 2) die Forderung muß

---

utrumque. L. 6 D. de reb. cred. (12, 1) L. 1 D. de cond. trit. (13, 3) (§. 165 ff.). Bey der intentio incerta fällt dies weg, außer wenn eine ſolche Klage zugleich infamirt. (§. 167 r*). R.)

h) S. Marezoll Zeitſchrift für Civilr. und Civilpr. X. 8 §. 2 und Savigny Syſtem des heut. R. R. V S. 516 Note i. 589.

i) L. 19 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — si omnes (iter ad communem fundum) stipulentur — singuli ex sociis sibi *dari oportere petere possunt.* — Die Klage auf Beſtellung eines Rechts, welches nicht mit einer Vindication nach Jus civile, wenn auch vielleicht durch den Prätor mit gleicher Wirkung verſehen iſt, kann daher nie die Intentio si paret reum dare oportere erhalten. So die Klage auf Beſtellung des Rechts der Superficies, des Rechts am Ager vectigalis, ferner auf Uebertragung des Eigenthums an einem Provincialgrundſtück, oder auf Beſtellung einer Servitut an einem ſolchen. Von dieſem letzteren Fall verſtehe ich L. 75 §. 3 D. de V. O. (45, 1): fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim magis iure utimur (materiell betrachtet müßte eigentlich der Gegenſtand ebenſogut certum ſeyn, wie der Uſusfructus an einem italiſchen Grundſtück, vielleicht waren ſchon zu Ulpian's Zeit Einige geneigt, ſich über den Unterſchied wegzuſetzen, er weiſt dieſe Neuerung in den Schlußworten zurück). Die Compilatoren haben das Wort provincialis, wie überall, weggeſtrichen, da jene Unterſcheidung der Grundſtücke nicht mehr beſtehen ſollte. — Anders erklärt Savigny

darauf gehen, daß der Gegenſtand auch wirklich in die civilrechtliche Macht des Gläubigers gebracht, die Sache in das quiritiſche Eigenthum gegeben, die Servitut iure civili (z. B. durch in iure cessio) beſtellt wurde[k]). Daraus folgt auch, daß auf einen Gegenſtand, der dem Kläger ſchon gehört, nicht mit der Intentio dare oportere geklagt werden kann, da niemanden gegeben werden werden kann, was er ſchon hat[l]).

Die Intentio auf dare oportere iſt von doppelter Art, je nachdem das Certum, auf das ſie geht, eine Geldſumme oder ein anderer Gegenſtand iſt. 1) Auf eine beſtimmte Geldſumme (pecunia certa credita signata forma publica populi romani)[m]) lautet ſie: si paret N. N. Ao Ao sestertium x milia dare oportere, dieſe Klage hat die Auszeichnung, daß die Parteien einander eine Strafe verſprechen, die den dritten Theil der eingeklagten Summe beträgt, und von dem Unterliegenden dem Sieger bezahlt werden muß (§. 157 Note g), eine Aus-

(Syſtem V S. 618. 629) die Sache, er nimmt nämlich an, daß in dem Ausdruck incerta stipulatio das Wort nicht dieſelbe Bedeutung habe, obwohl er zugiebt, daß aus der incerta stipulatio faſt immer auch eine incerta intentio entſtanden ſey. Ich glaube nicht, daß dieſe Aushülfe nöthig iſt.

k) Wenn daher die Forderung auf Tradition einer res mancipi, oder bey Servituten nicht auf die civilrechtliche Beſtellungsart, oder wenn ſie überhaupt bey einer Sache nicht auf das Geben zu Eigenthum, ſondern auf die Darſtellung (exhibere), oder Ueberlieferung des Beſitzes (reines tradere) geht, ſo kann die Intentio nie auf ein dare oportere lauten.

l) Gai. IV. 4: — nec enim quod nostrum est, dari nobis potest, cum solum id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat. — Dieß hat eine Ausnahme, die von den römiſchen Juriſten ſelbſt als eine Anomalie dargeſtellt wird. Gegen den Dieb könnte eigentlich nur dann mit jener Intentio auf Erſatz geklagt werden, wenn die Sache nicht mehr exiſtirte, alſo dadurch dem Beſtohlenen das Eigenthum entzogen wäre. Deſſen ungeachtet kann er, auch während er noch Eigenthümer iſt, alſo vindiciren könnte, wenn er wollte, die Formel si paret eum dare oportere gebrauchen. Ueber den Grund dieſer Anomalie ſ. Savigny Syſtem V Beil. XIV. 15.

zeichnung, welche der Klage für einen Kläger, der ſeiner Sache ſicher iſt, gegen einen böſen Schuldner einen wichtigen Vorzug giebt. 2) Auf einen andern beſtimmten Gegenſtand lautet ſie: si paret N. N. A. A. tritici africi optimi centum modios dare oportere [n]), oder si paret N. N. A. A. fundum tusculanum dare oportere [o]), oder si paret N. N. A. A. iter per illum fundum ad illum fundum dare oportere (Note i), dieſe Klage hat jenen Vorzug der sponsio poenalis nicht [o*]).

Wir gelangen zur Intentio auf ein incertum. Dieſe tritt in allen Fällen ein, wo der Gegenſtand der Klage nicht die Beſtimmtheit der oben beſchriebenen Art hat (z. B. in den Note i und k aufgezählten Fällen). Wie für das certum das Wort dare, ſo iſt für den Ausdruck des incertum das Wort facere beſtimmt [p]). Dieſer Ausdruck erhält ſeine volle Unbeſtimmtheit dadurch, daß er nicht einmal gegen das dare beſtimmt abgegränzt iſt, ſondern auch dieſes mit enthält (Note p), daher wird in der Formel dieſes Wort damit verbunden: dare facere, es ſoll damit ausgedrückt werden, daß auch ein dare in der Forderung, die mit dieſer Formel geltend gemacht wird,

---

m) Lex rubria cap. 21. Dio Cass. LII. 30. (Fremdes Geld gilt als Waare: Volus. Maec. assis distributio 145. victoriatus enim, qui nunc tantundem valet, quantum quinarius, olim *ut* (Huſchke) peregrinus nummus mercis loco - habebatur. R). *n*) L. 74. 75 §. 2 D. de V. O. (45, 1). *o*) L. 75 §. 10 eod.

*o**) (Eine gemeinſame Bezeichnung aller Klagen auf ein certum iſt petitio und petere: lex rubria c. 22. L. 1 pr. D. de S. C. Maced. (14, 6): der praktiſche Unterſchied von den incertae formulae, den actiones, liegt, abgeſehen von dem nur bey den certae möglichen in intentione plus petere (Gai. IV. 54), in dem Mangel einer Demonſtratio in der Formel: die causa muß aus der Lex, dem Senatusconſult L. un. D. de cond. ex lege (13, 2) L. 9 §. 1 D. de R. C. (12, 1) oder dem ius civile ergänzt werden. Vgl. unten Note bb. hh. §. 175 gg — ii. In den prätoriſchen Vindicationen, wo dieſe Ergänzung aus dem ius civile wegfällt, wird die causa in die Formel geſetzt. §. 233 Note e u. §. 251 Note o. R).

p) L. 175. 189. 218 D. de V. S. (50, 16).

enthalten ſein könne[q]). Die Intentio lautet ſo: quidquid paret N. N. A. A. dare facere oportere. Schon aus dieſer Faſſung ergiebt ſich ein bedeutender Unterſchied der richterlichen Function bey dieſer und bey der Klage auf dare. Bey der letzteren iſt der Gegenſtand, über den er zu urtheilen hat, beſtimmt gegeben, und der Richter kann nicht über ihn hinausgehen; am allerbeſchränkteſten iſt er bey der Klage auf certa pecunia, denn hier hat er nur zu unterſuchen, ob der Beklagte dieſe Summe ſchuldig iſt oder nicht, und hiernach ihn in dieſe Summe (nicht mehr und nicht weniger) zu condemniren oder zu abſolviren, während er bey der Klage auf alia certa res im Fall der Condemnation wenigſtens noch die Aufgabe hat, den Werth in Geld anzuſchlagen (§. 166), wobey er aber auch nicht über die Berückſichtigung des beſtimmten Gegenſtands, wie er in der Intentio genannt iſt, hinausgehen darf[r]). An=

---

q) L. 53. pr. eod. So geht die Stipulation: tritici africi boni centum modios dare spondes? auf ein dare, aber da in dem Wort boni etwas unbeſtimmtes liegt (anders wenn es optimi hieße), ſo wird die Klage auf dare facere concipirt Note n. Der Zuſatz dare iſt übrigens ſchon deswegen ſehr natürlich, weil ja die Abſicht des Klägers doch auf Condemnation des Beklagten geht, und dieſe ſtets auf eine Geldſumme geſchieht.

r) Der Richter wird angewieſen quanti *ea res* est, tantam pecuniam zu condemniren, die Aeſtimation hängt davon ab, welchen Sinn das ea res hat, hier geht es auf den beſtimmten Gegenſtand z. B. den Sclaven; deſſen Werth hat der Richter zu ermitteln, nicht den durch individuelle Umſtände veranlaßten Werth für den Kläger (nicht omne quod actoris interest). Z. B. A hat dem B durch Stipulation den Sclaven Stichus verſprochen, darauf iſt dieſer Sclave von einem Dritten zum Erben eingeſetzt worden. Wenn nun B klagt: sibi Stichum dari oportere, ſo erhält er durch den Richter den Werth des Sclaven, keineswegs überdieß den der Erbſchaft, die er durch ihn erwerben könnte. Dagegen wurde es mit Grund für gerecht gehalten, wenn jene Klage gegen den Dieb angeſtellt wurde, eine Ausnahme zu machen L. 3 D. de cond. furt. (13, 1); man wollte dem Beſtohlnen nicht weniger geben, als er mit der Vindication erlangen würde (ſ. Note 1 und Savigny Syſtem V Beil. XIV. 15). Savigny a. a. O. Num. 33 iſt ge=

ders bey der incerta intentio; da ſie nicht auf einen beſtimmten Gegenſtand geht, ſo iſt auch der Richter in ſeiner Aeſtimation nicht an einen ſolchen gebunden, er äſtimirt nicht eine beſtimmte Sache (Note r), ſondern quidquid dari fierive oportet, alſo den Werth, den dieſes dare facere für den Kläger hat, und handelt es ſich um Sachen, die in dieſem quidquid etc. enthalten ſind, ſo iſt auch auf die damit verbundenen Vortheile, namentlich auf die Früchte Rückſicht zu nehmen, von der Zeit an, wo der Beklagte zur Herausgabe verbunden war[s]). Es iſt die Rede von Früchten vor dem Proceß, die Früchte post acceptum iudicium ſind auch in der certa res enthalten, der Richter hat ſie in ſeiner Aeſtimation auch bey der Klage auf dare oportere zu berückſichtigen[t]).

Außer der Formel dare facere kommt noch eine andere vor, die ebenfalls incerta genannt werden kann, die aber offenbar nur bey einer ſehr beſchränkten Claſſe von Fällen ſtattfindet: z. B. si paret N. N. pro fure damnum decidere oportere[u]).

Wann nun jede dieſer verſchiedenen Formeln: si paret sestertium x milia dare oportere — si paret fundum etc. dare oportere — quidquid paret dare facere oportere — si paret

---

neigt, dieſe Ausnahme (die wie mir ſcheint, als ſolche in der angeführten Stelle ſelbſt angedeutet wird) zur Regel zu machen.

s) L. 4 pr. D. de usur. (22, 1), wo Papinian dieß als einen Vorzug der Klage auf ein incertum angiebt. Dagegen läßt Paulus eine Berechnung der Früchte auch bey der Klage auf certa res zu, wenn ſie auf eine Sache angeſtellt wird, die dem Kläger gehörte, und ohne rechtlichen Grund in dem Vermögen des Beklagten ſich befindet, L. 38 §. 1—3. 7 D. eod. *t*) L. 38 §. 7 eod. S. §. 172.

u) Gai. IV. 37. 45. (Die Klage ex lege aquilia, welche Savigny und die erſte Ausgabe hierher rechnen, war vielmehr eine auf dare oportere gerichtete condictio: L. 9 §. 1 de reb. cred. (12, 1) Collatio II c. 4 si fatebitur iniuria occisum esse in simplum *ut condiceret*. (vgl. Huſchke, Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII. 33). Daß ſie dennoch regelmäßig actio legis aquiliae heißt, erklärt ſich aus ihrer Richtung auf ein Incertum (vgl. Note bb. §. 167 vor e*.) R.)

pro fure damnum decidere oportere — eintritt, das hängt von der Obligatio, welche geltend gemacht werden ſoll, und ihrem Gegenſtand ab [v]). Daher werden die Obligationen mit Hinſicht auf die daraus entſpringenden Klagen eingetheilt in Obligationen ad dandum, faciendum, praestandum [w]), und dieß wird auf die Intentio übertragen: in personam actio est — cum intendimus dare, facere, praestare oportere [x]). Die Obligationen ad dandum entſprechen daher der Intentio auf dare oportere, die Obligationen ad faciendum der Intentio auf dare facere oportere, und Obligationen ad praestandum heißen die, bey denen die Intentio weder auf dare noch auf dare facere, ſondern (was allein noch übrig iſt, da keine Intentio mit dem Wort praestare vorkommt) auf damnum decidere, und wenn es noch andere Faſſungen giebt, concipirt iſt [y]).

---

v) So ſagt Gaius IV. 53 a. E.: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

w) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat (daher die Klage keine Intention auf meum esse hat), sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (und hiernach richtet ſich denn auch die intentio formulae). Vgl. Lex rubria cap. 22.

x) Gai. IV. 2, vergl. §. 1 I. de action. (4, 6).

y) Vielleicht rechneten die Römer auch die Obligationen, bey denen Klagen ohne beſondere Intentio, namentlich formulae in factum conceptae (ſ. unten) ſtattfanden, unter die Obligationen ad praestandum; ſo ſcheint das dare, facere, praestare in L. 37 pr. D. de oper. lib. (38, 1) — aus der Lex Papia — verſtanden werden zu müſſen. — Marezoll: über dare, facere und praestare als Gegenſtand der Obligationen (ſ. Note b), welcher das dare im Ganzen richtig erklärt, hält irrig dare facere und facere für zwey beſondere Claſſen von Intentionen, und die erſte für identiſch mit praestare. Aber eine Intentio auf bloßes facere giebt es nicht, die Intentio auf facere iſt eben die auf dare facere. Damit fällt zugleich die ganze Erklärung, welche Marezoll von der Eintheilung gegeben hat (indem er dare und facere auf die stricti iuris, praestare auf die bonae fidei obligationes be=

Am einfachſten beſtimmt ſich die Anwendung der Formel damnum decidere, ſie bezieht ſich ausſchließlich auf Delictsobligationen aus dem Jus civile. Die übrigen Formeln: auf dare und dare facere oportere haben einen gemeinſamen Namen, ſie heißen Condictionen[z]). Dieſer Name ſtammt von der legis actio per condictionem, er iſt ſprachlich nicht paſſend, weil eine condictio d. i. denuntiatio an den Gegner bey dieſen Formeln nicht vorkommt[aa]), aber der Sache nach enthält die neuere Condictio dieſelben Fälle, wie die alte. Nur enthält ſie eine Claſſe von Fällen mehr, nämlich Klagen auf ein incertum (mit dare facere), während die alte nur auf ein certum (certa pecunia oder alia certa res) gieng (§. 162). Aber ſelbſt dieſe ältere Beſchränkung zeigt ſich noch in dem neueren Sprachgebrauch, der wenigſtens für die Klage aus der Stipulation den Namen condictio auf den Fall des cer-

---

zieht). Vgl. auch Savigny Syſtem V Beil. XIV. 28. 29. (Andere Erklärungen geben: Huſchke, (Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII S. 249—254) — der das praestare auf die eventuellen Verpflichtungen hauptſächlich bey bonae fidei obligationes (Culpa, Intereſſe, Eviction) bezieht, aber keine intentio auf dare facere praestare oportere anerkennt und daher bey Gai. IV. 2 praestare in: adversarium ändert — und Rudorff, (daſelbſt S. 187 Note g), welcher das praestare von der auf der Fides beruhenden Verpflichtung zur Sicherheitsbeſtellung (repromittere oder satis praestare) bey bonae fidei negotia (Cato de re rust. c. 146. dari fierique satisque dari — promittito satisque dato — Cic. pro Rosc. c. 4. — quantum aequius melius sit dari repromittive — L. 13 §. 24 D. de A. E. V. (19, 1) L. 38 pr. D. pro soc. (17, 2) L. 41. D. de iud. (5, 1)) und aus derſelben (L. 31 D. de evict. (21, 2) vgl. mit Note v und w) verſteht. R.)

z) Gai. IV. 5: appellantur — in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones. Es ſind alſo von dieſer Bezeichnung ausgeſchloſſen 1) die Klage auf damnum decidere, 2) die formulae in factum conceptae (ſ. unten), die gar keine in ius concipirte Intentio haben, 3) die bonae fidei actiones (ſ. unten), die zwar auch auf dare facere concipirt ſind, aber mit dem Zuſatz ex fide bona. aa) Gai. IV. 18.

tum (mit der Intentio auf dare oportere) einzuſchränken geneigt war, und die Klage auf dare facere (aus einer Stipulation auf ein incertum) *actio* ex stipulatu nannte[bb]), obwohl ſie der Sache nach ſo gut eine Condictio iſt, als eine andere, die ein incertum zum Gegenſtand hat und auf dare facere concipirt wird, was auch bey der actio ex stipulatu der Fall iſt[cc]). So giebt es alſo ſowohl eine certi als eine incerti condictio. Von dieſen beiden Ausdrücken hat der letzte ſeine ſtets gleich gebliebene Bedeutung, er bezieht ſich auf die formulae incertae mit der Intentio auf dare facere oportere (nur daß, wenn die Forderung auf Stipulation beruht, ſtatt condictio incerti der Name actio ex stipulatu gebraucht wird). Der erſte dagegen hat ſich in dem Sprachgebrauch der römiſchen Juriſten auf eine Art der certae formulae zurückgezogen, die ſich vor andern bedeutend auszeichnet (ſ. oben), nämlich auf die Forderung einer beſtimmten Geldſumme, und dieſe Beſchränkung gilt namentlich durchgängig für den Ausdruck: si certum petetur[dd]). So fällt alſo zwiſchen condictio certi oder si certum petetur (die der alten legis actio per condictionem ex lege silia entſpricht) und der condictio incerti eine Claſſe aus: die Condictio auf alia certa res außer pecunia numerata (der alten condictio ex lege calpurnia entſprechend). Für dieſe Mittelclaſſe findet ſich nun der Ausdruck condictio triticaria[ee]), von dem es indeſſen nicht gewiß iſt, ob er ſich

bb) L. 24 D. de reb. cred. (12, 1): Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. pr. I. de V. O. (3, 15): — ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. *cc*) Gai. IV. 136.

dd) S. z. B. L. 9 D. de reb. cred. (12, 1) L. 1 D. de cond. trit. (13, 3).

ee) Dig. XIII. 3: de condictione triticaria. Von allen andern Sachen ſteht das Getreide dem Geld am nächſten, dieß wäre eine materielle Erklärung des Namens, der aber wahrſcheinlich noch eine ganz beſondere hiſtoriſche Veranlaſſung hat.

auf ſie beſchränkt, oder auch die condictio incerti in ſich ſchließt; ich nehme das erſte an[ff]).

So beſtehen für die oben angegebenen drey Intentionen: si paret ss. x milia dare oportere — si paret tritici etc. centum modios (oder fundum, hominem etc.) dare oportere — quidquid dare facere oportet — drey kurze Bezeichnungen: condictio certi — condictio triticaria — condictio incerti. Die Begründung dieſer Klagen, alſo die Beſchaffenheit, welche die Obligatio haben muß, damit eine ſolche condictio daraus entſtehe, gehört in die Darſtellung des materiellen Rechts, wir werden in der Lehre von den Obligationen darauf zurückkommen[gg]). Es iſt eine ganze Reihe von Geſchäften, aber mit einem gemeinſamen Grundprincip, aus denen die condictio entſpringt, die dann nach dem Gegenſtand entweder certi, oder

---

ff) Dafür ſpricht theils der Name ſelbſt, theils die Darſtellung in den Stellen des angeführten Titels, ſo L. 1: Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive mensura constent, sive mobiles sint sive soli. Ich lege ein beſonderes Gewicht auf die Worte per hanc actionem (formulam), die nicht wohl anders als von Einer Formel erklärt werden können, nicht von zweien (si paret dare und si p. dare facere oportere). — Savigny (Syſtem V Beil. XIV. 39) bezieht den Namen auf die zwey Klagen, alſo auch auf die condictio incerti. Sein Grund iſt der auf die vorher angeführten Worte folgende Satz: quare fundum quoque (alſo nicht bloß Getreide) per hanc actionem petimus *etsi* vectigalis sit (vgl. Note i). Ich glaube, Ulpian hat geſchrieben *nisi* vectigalis sit, was von den Compilatoren, für welche der Unterſchied ſeine Bedeutung verloren hatte, geändert worden iſt. Auch in L. 2 des Titels wird die condictio fundi, als ein Fall der triticaria, der condictio possessionis fundi, die incerti iſt, gegenübergeſtellt.

gg) Dieſer Punkt iſt neuerdings von Savigny (Syſtem V Beil. XIV: die Condictionen) unterſucht und ſo feſtgeſtellt worden, daß die Einſicht in das römiſche Obligationenrecht dadurch eine unberechenbare Hülfe gewonnen hat.

triticaria, oder incerti iſt[hh]). Unter dieſe Geſchäfte gehört auch die Stipulation, und es hängt von der Faſſung der Stipulation ab (ob ſie certa oder incerta), welche jener Condictionen: certi, triticaria, oder incerti (die hier actio ex stipulatu heißt) ſtattfindet[ii]). Zweifelhaft kann in dieſer Beziehung der Fall einer Stipulation erſcheinen, in welcher der Gegenſtand nur der Gattung nach, oder alternativ beſtimmt iſt: hominem (nicht hominem Stichum) dare spondes? — decem aut hominem Stichum dare spondes? Keinen Anſtand hat die Sache, wenn dem Kläger die Wahl zuſteht, hier fordert er einen beſtimmten Gegenſtand, nach deſſen Verſchiedenheit ſeine Klage die condictio certi oder triticaria iſt. Hat aber der Beklagte die Wahl, ſo entſcheidet Ulpian ſich dafür, daß die Stipulation incerta ſey, die Klage daher auf dare facere gerichtet[kk]).

hh) Nicht eine einzelne Geſchäftsform iſt es, aus der die Condictio entſteht, daher ſagt Ulpian L. 9 D. de reb. cred. (12, 1): certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur —, damit wird aber natürlich nicht jede Schranke geläugnet, es iſt doch nur ein gewiſſer Kreis von Geſchäften, der die Condictio hervorbringt. Es war nur deshalb beſonders hervorzuheben, weil die causa hier nicht, wie bey der actio ex stipulatu, in der Demonſtratio genannt war — L. 24 D. de reb. cred. (12, 1) Note bb vgl. §. 167 d —, der Juriſt giebt dem Richter eine Anweiſung, die ihm nicht ſchon der Prätor in der Formel gab. Ein Mißverſtändniß iſt es, wenn Manche (zuletzt Heimbach de certi condictione 1834) daraus den Satz entnehmen, man habe beliebig aus jeder Obligatio, wenn man nur ſeine Forderung auf eine beſtimmte Summe richtete, mit der certi condictio klagen können z. B. auch aus der Societät, dem Mandat ꝛc., Geſchäften, die ihrer Natur nach nicht auf ein certum gehen. Daß dieß nicht die Meinung Ulpian's iſt, zeigt er ſofort L. 9 §. 9 L. 10 eod. wo er beym Depoſitum von der Condictio ſpricht, aber nur für den Fall, wo es in ein Mutuum übergegangen iſt. L. 28 §. 4 D. de iureiur. (12, 2) handelt von dem Fall, wenn über die dort erwähnten Contractsforderungen, wie es bey den Römern ſo häufig geſchah, eine Stipulation oder ein Literalcontract errichtet worden war, unter andern eben um ſich den Vortheil der certi condictio zu verſchaffen.

ii) L. 74. 75 D. de V. O. (45, 1) Gai. IV. 136.

kk) L. 75 §. 1. 8 D. de V. O. (45, 1).

Eine andere Entſcheidung könnte man bey Gaius (IV. 53) finden wollen: er ſagt, wenn der Kläger auf eine ſolche Stipulation hin (wo der Schuldner die Wahl hat) eine von beiden alternativ verſprochenen Sachen, oder eine Species des Genus fordere, ſo ſey dieß eine Pluspetition, darum wie die Stipulation müſſe auch die Intentio gefaßt ſeyn. Alſo, könnte man denken, er meine eine Intention: si paret decem aut hominem Stichum dare oportere. In der That liegt dieß gar nicht in ſeiner Aeußerung; die Intentio muß der Stipulation gemäß ſeyn, und dieß iſt ſie, wenn ſie incerta iſt, wo die Stipulation auf ein incertum geht. Gaius will nichts anderes ſagen, als daß in jenen Fällen auf quidquid dare facere oportet geklagt werden muß.

Bey einer beträchtlichen Anzahl von Klagen aus Geſchäften erhält die Intentio, die auf dare facere oportere geht, einen Zuſatz, wodurch das Officium Judicis über ſeine regelmäßigen Gränzen hinaus erweitert wird. Es iſt oben bemerkt worden, daß von Alters her den Richtern in gewiſſen Fällen eine freiere Beurtheilung der rechtlichen Verhältniſſe unter den Parteien eingeräumt wurde, und daß ſie hier arbitri hießen (§. 154), daß ferner zwey Claſſen von ſolchen arbitria zu unterſcheiden ſind. Dieſes ſchon zur Zeit der Legis Actiones beſtehende Recht (§. 162 a. A.) wurde auf das Formularverfahren übergetragen. Hier erhielt für die eine Claſſe von arbitria (von der andern wird unten bey der Condemnatio §. 166 die Rede ſeyn) der Richter dieſe Stellung eines Arbiter durch den Zuſatz zur Intentio, der ihn anweiſt, zu urtheilen, was nach billigem Recht und den wohlverſtandenen Intentionen der Parteien die eine der andern zu leiſten habe. Dieſer Zuſatz wurde nach Verſchiedenheit der Fälle verſchieden ausgedrückt[ll]), ſpä-

ll) S. §. 154 bey Note h u. S. 38 f. Noch Labeo und Proculus ſetzen bey der rei uxoriae actio die Faſſung aequius melius, wie ſie bey Cicero vorkommt, voraus L. 66 §. 7 D. sol. matr. (24, 3) L. 82 D. de solut. (46, 3).

terhin wurde allgemein der Ausdruck ex fide bona gebraucht, ſo daß die Intentio lautete: quidquid (ob eam rem) Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona. Davon heißen dieſe Rechtsſachen bonae fidei iudicia[mm]), die Klagen bonae fidei actiones, die Obligationen aus denen ſie entſpringen, bonae fidei obligationes. Aufgeführt werden als bonae fidei iudicia[nn]) die Judicia: fiduciae, ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis de aestimato et ex permutatione[oo]).

---

mm) Der Ausdruck arbitria iſt in einer zweifachen Hinſicht weiter als bonae fidei iudicia: 1) begreift der letzte ſtreng genommen nur die Fälle, wo die Worte ex fide bona gebraucht wurden, der erſte auch die mit aequius melius u. ſ. f.; dieſer Unterſchied iſt durch die Generaliſirung jener Faſſung irrelevant geworden; 2) der erſte begreift auch die arbitrariae formulae (§. 166), die von den bonae fidei iudicia verſchieden ſind.

nn) Gai. IV. 62. §. 28 I. de action. (4, 6) Cic. de offic. III. 15. 17. (Etwas Anderes ſind die actiones in bonum et aequum conceptae, in deren Formel die Worte quantum aequius melius oder bonum aequum iudici videbitur eingerückt werden, welche den Richter ermächtigen, die Entſchädigungsſumme nach einem ganz freien ſubjectiven Ermeſſen zu beſtimmen. (§. 154 Note q). Von dieſen Klagen gehören nur einige (rei uxoriae und pro socio Cic. pro Rosc. com. 4.) zu den bonae fidei actiones, die übrigen (iniuriarum, de effusis, sepulcri violati, aus dem Edict der Aedilen wegen gefährlicher Thiere) ſind anderer Natur. Vgl. Cuiac. obss. XXII. 15 und beſonders Savigny, Syſtem II S. 93—96. R.)

oo) Vgl. Savigny Syſtem V Beil. XIII: stricti iuris, bonae fidei actiones. Er unterſcheidet in Beziehung auf das mehr oder weniger beſchränkte Officium Judicis (und in Beziehung auf die Wahl des Richters, welche Anſicht oben §. 154 bey Note aa ff. beſtritten worden iſt) ſtrenge Klagen (iudicia) und freie (arbitria). Zu den letzten rechnet er alle Klagen, die in dem magiſtratiſchen Recht ihren Urſprung haben (honorariae actiones), ferner von den civiles alle in rem actiones,

So ſcheiden ſich die Klagen aus Contracten oder dieſen gleichſtehenden Verhältniſſen in zwey Claſſen: condictiones und bonae fidei actiones, jene werden in dieſem Gegenſatz, um ihren von den letzteren verſchiedenen Charakter poſitiv hervorzuheben, zuweilen stricti iudicii oder stricti iuris actiones genannt [pp]). Dieſe Eintheilung bezieht ſich übrigens 1) nur auf die mit einer eigentlichen Intentio verſehenen Formulä, nur dieſe können möglicherweiſe den Zuſatz ex fide bona (der ſich auf das oportere bezieht) erhalten, die formulae in factum conceptae (ſ. unten) ſind davon ausgenommen; 2) nur auf die Formulä mit einer Intentio in personam (auf ein oportere, wie vorhin bemerkt worden), nicht auf die in rem actiones [qq]); 3) nur auf die Klagen aus Rechtsgeſchäften, die eben inſofern ſie eine Intentio jener Art haben, entweder condictiones oder bonae fidei actiones ſind, nicht auf die Delictsklagen.

Während die Condictionen eine formula certa oder incerta haben können (ſ. oben), iſt bey einer bonae fidei actio nur eine incerta formula (quidquid dare facere oportet) mög-

---

ſodann die bonae fidei actiones. Iudicia dagegen ſind ihm nur die Condictionen und die civilrechtlichen Pönalklagen. Vgl. unten §. 166 Note u.

pp) §. 28. 30 I. de action. (4, 6) Marcian L. 5 §. 4 D. de in litem iur. (12, 3) Ulpian L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6). Vgl. Savigny Syſtem V Beil. XIII. 1.

qq) Juſtinian's Inſtitutionen ſetzen eine in rem actio, die hereditatis petitio, unter die bonae fidei iudicia, ſie bemerken aber, daß es ungewiß geweſen ſey ob ſie dieſe Eigenſchaft habe, bis endlich der Kaiſer dieſen Zweifel durch eine Conſtitution beſeitigt habe (L. 12 C. de H. P. 3, 31). Daraus eben geht hervor, daß ſie kein wahres b. f. iudicium, bey dem jener Zuſatz in die Formel kam, ſeyn konnte. Die materielle Gleichſtellung aber mit den b. f. actiones war deswegen möglich, weil die hereditatis petitio ſeit Hadrian zum Theil die Natur einer perſönlichen Klage hat, indem ſie auf praestationes personales geht, worüber das Nähere im Erbrecht vorkommen wird.

lich, nur eine ſolche kann den Zuſatz ex fide bona erhalten. Nicht alle incertae actiones ſind bonae fidei, aber alle bonae fidei actiones ſind incertae. Was die Bedeutung jenes Zuſatzes anlangt (die ſchon oben §. 154 berührt worden iſt, da ſie ſich auf das Officium Judicis bezieht), und damit die Natur des Unterſchieds zwiſchen bonae fidei actio und condictio oder stricti iuris actio (namentlich der condictio incerti, deren Formel bis auf jenen Zuſatz mit der erſteren übereinſtimmt), ſo wird ihre nähere Ausführung in ihren Folgen bey den einzelnen Punkten (theils des Verfahrens, theils des materiellen Rechts) zu geben ſeyn, auf welche jene verſchiedene Beſchaffenheit des Judiciums Einfluß hat. Eine allgemeine Bemerkung muß ſchon hier Platz finden. Das richterliche Officium kann weiter und enger ſeyn 1) in Beziehung auf den Gegenſtand, nach der dem Richter obliegenden Schätzung, den dabey zu nehmenden Rückſichten, und der Hinzunahme von Acceſſionen; in dieſer Hinſicht hängt das Officium Judicis davon ab, ob die Intentio certa, und zwar auf eine Geldſumme oder alia certa res, oder ob ſie incerta iſt (ſ. oben bey Note r ff.); darin liegt das Eigenthümliche der bonae fidei actio nicht (außer ſoweit auch der Umfang der Forderung von dem gleich zu erwähnenden zweiten Moment abhängt), ſie hat mit der condictio incerti die incerta intentio und die daraus folgende Behandlung gemein; 2) in Beziehung auf die richterliche Beurtheilung von Recht und Unrecht, alſo ob und wieweit die Forderung des Klägers beſteht, das „oportere“ richtig iſt; in dieſem Punkt iſt das Urtheil des Richters in b. f. iudicia freier als bey allen Condictionen; er iſt es daher, der den unterſcheidenden Charakter jener bildet. Der Richter ſoll dem folgen, was der über die Schranken des Worts ſich erhebende Gerechtigkeitsſinn erheiſcht; es iſt ſchon erinnert worden, daß das ex fide bona zu oportere zu ziehen iſt.

Ein Zuſatz anderer Art, den die Intentio haben kann, iſt die Fiction, wodurch die Klage auf einen Fall erſtreckt

wird, für den ſie urſprünglich nicht beſtimmt war [rr]). Dadurch ſoll die Natur der Klage nicht verändert werden, der Richter erhält keine andere Stellung, er wird nur angewieſen, unter den in dem Zuſatz ausgedrückten Vorausſetzungen ebenſo zu urtheilen, wie wenn die eigentlichen Vorausſetzungen der Klage exiſtirten. Dieſe Fiction iſt nur bey den mit einer wahren Intentio verſehenen Formeln, aber ſie iſt ebenſowohl bey einer Intentio in rem als in personam möglich. Ein Beiſpiel von der erſten iſt die Formel der actio publiciana: Si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure quiritium esse oporteret — [ss]). Beiſpiele von der zweiten ſind die Formel, mit welcher der prätoriſche Erbe gegen die Schuldner des Erblaſſers klagt: Si A. A. heres Lucii Titii esset, tum si paret N. N. A. A. ss. x milia dare oportere —, und die Formel, womit gegen einen peregriniſchen Dieb geklagt wird: Si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret —. Solche Klagen heißen ficticiae actiones [tt]), es ſind, wie Gaius ſagt, actiones quae ad aliam actionem exprimuntur, und dieſes Vorbild kann entweder eine legis actio ſeyn oder eine andere. Ihnen werden die nicht auf eine ſolche Fiction geſtützten, als actiones quae sua vi ac potestate constant gegenübergeſtellt. An der ficticia actio laſſen ſich zwey Momente unterſcheiden: das materielle, daß ſie einer andern Klage nachgebildet iſt und in einer Erweiterung derſelben auf andere Fälle beſteht [uu]),

---

rr) Vgl. Bd. I §. 80 S. 331 f. Die Hauptquelle für das Folgende iſt Gai. IV. 10. 32—38.

ss) Man muß ſich hüten, die Fiction mit der Demonſtratio zu verwechſeln, ſie iſt ein Theil der Intentio, welcher gerade in dem obigen Fall, ſo wie auch in dem folgenden, keine Demonſtratio vorhergeht.

tt) Ulpian. XXVIII. 12.

uu) Mit dem Unterſchied: bey der fictio legis actionis betrifft die

und das formelle, daß dieſe Nachbildung in der Formel ausgedrückt iſt. Dieſes formelle Moment bezeichnet der Name ficticia actio, jenes materielle enthält die Bezeichnung als utilis actio d. h. als eine Klage, die und ſofern ſie eine Wirkſamkeit (utilitas) über ihre urſprüngliche Anwendung hinaus hat. Im Gegenſatz gegen die utiles werden die actiones, ſofern ſie in ihrer urſprünglichen Sphäre gebraucht werden, directae actiones genannt, der heres z. B. hat die Klage als directa, die der prätoriſche Erbe als utilis hat. Nun giebt es utiles actiones, bey denen das Verhältniß der Nachbildung nicht in den Worten der Formel ſelbſt ausgedrückt wird, die alſo bloß materielle, nicht formelle Nachbildungen anderer Klagen ſind, daher ſind zwar alle ficticiae actiones utiles, aber nicht alle utiles ſind ficticiae. In einer Hinſicht iſt bey den utiles actiones ohne Fiction die materielle Nachbildung unvollkommener; da nämlich bey ihnen nicht die Intentio der directa herbeigezogen wird (was nur durch Fiction geſchehen kann), ſo betrifft die Nachbildung nicht das Verfahren (vgl. Note uu). Dieß führt uns zuletzt noch auf eine eigenthümliche Faſſung, welche die Formel einer Klage erhalten kann.

Die Formeln, welche eine Intentio der Art, wie ſie bisher beſchrieben und nach ihren verſchiedenen Geſtaltungen dargeſtellt worden iſt, enthalten, heißen in ius conceptae, denn die Intentio iſt der Ausdruck des Rechts, das dem Kläger nach

---

Nachbildung bloß das Recht, nicht das Verfahren, bey den andern Fictionen auch das Verfahren. Dort war die Meinung nicht, daß ſo verfahren werden ſollte, wie wenn die Legis Actio vorausgegangen wäre, dagegen z. B. bey dem zweiten der im Text gegebenen Beiſpiele galten dieſelben proceſſualiſchen Grundſätze wie wenn die Klage: si paret decem dare oportere von dem wirklichen heres angeſtellt worden wäre. — Schon deshalb iſt die Behauptung Savigny's (Syſtem V S. 106. 480), keine honoraria actio ſey stricti iuris, ſehr einzuſchränken. Jene Klage des prätoriſchen Erben iſt eine prätoriſche (ſo gut als die Publiciana), und doch entſchieden eine Condictio.

ius civile zuſteht, ſie heißt daher intentio iuris civilis. Nun kommen aber viele Formeln vor, die eine ſolche Intentio nicht haben, worin alſo der Richter nicht angewieſen wird, zu unterſuchen, ob dem Kläger der Gegenſtand (iure civili) gehört, oder von dem Beklagten etwas (iure civili) geleiſtet werden muß, ſondern: ob eine gewiſſe Thatſache richtig iſt oder nicht, und hiernach entweder zu condemniren oder zu abſolviren[uu*]). Dieſe Formeln ohne „iuris contentio" heißen formulae in factum conceptae, die Klagen in factum actiones, z. B. si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, worauf ſogleich die Condemnatio folgt: recuperatores illum libertum illi patrono ss. x m. condemnate, si non paret absolvite[vv]). In dieſen Formeln tritt an die Stelle der Demonſtratio, der designatio

---

*uu**) (Es kommt alſo nicht auf ius und aequitas ſondern auf veritas an: lex thoria c. 19. sententia (sua id proferto quod) rei iudicandae maxume verum esse comperrit. Gai. IV. 126. L. 59 pr. §. 1. D. ad S. C. Treb. (36, 1) L. 13 §. 1. D. ad S. C. Vell. (16, 1) L. 13 §. 5 D de pign. (20, 1). R.)

vv) Die Hauptſtelle darüber iſt Gai. IV. 45—47. 60. Vgl. L. 11 D. de praescr. verb. et in factum act. (19, 5). Der Unterſchied zwiſchen beiden Claſſen von Formeln ergiebt ſich beſonders aus den Fällen, wo (wie beim Depoſitum und Commodatum) der Prator formulae in ius und in factum conceptae neben einander proponirt, die Gaius für das Depoſitum einander ſo gegenüberſtellt:

In ius:	In factum:
— iudex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit,	— iudex esto. Si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse,
qua de re agitur,	
quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao dare facere oportet ex fide bona,	
eius iudex N. N. Ao Ao condemnato, nisi restituat, si non paret, absolvito.	quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao Ao condemnato s. n. p. a.

rei de qua agitur[vv*]) und der Intentio eine Bezeichnung des Factums, das dem Anſpruch des Klägers zu Grunde liegt, ohne daß dieſer Anſpruch ſelbſt beſonders formulirt und behauptet wird. Dieſe Angabe des Factums, welche ebenfalls designatio rei de qua agitur genannt wird, iſt ihrem Inhalt nach der Demonſtratio vergleichbar (abgeſehen davon, daß ſie nicht eine civilrechtliche Bezeichnung der Thatſache vorausſetzt), in der Form aber (si paret) und in der Wirkung ſteht ſie der intentio iuris civilis gleich, wie ſie denn auch geradezu intentio genannt wird. (§. 168 Note s* §. 251 Note o). Auch die in factum actiones können utiles ſeyn, ja ſehr viele ſind es[ww]), aber das Verhältniß der Nachbildung iſt bey ihnen nicht ausdrücklich in der Formel niedergelegt. — Die Entſtehung der formulae in factum conceptae muß daraus erklärt werden, daß Klagen gegeben werden ſollten, wo eine intentio iuris civilis nicht, wenigſtens nicht direct möglich war, weil der Anſpruch,

---

*vv**) (Dieſe Deſignatio, welche von der §. 165 Note f. g. erwähnten zu unterſcheiden iſt, beſteht eben in den Worten: qua de re *agitur*, d. h. „welche der Kläger meint." In der formula depositi in ius concepta wird die Deſignatio zwiſchen der Demonſtratio und Intentio eingerückt, wie aus der Beſchreibung bey Gai. IV. 60, verglichen mit der Formel in der vorigen Note hervorgeht; anderswo ſteht ſie in der Intentio (§. 166 Note s), in der Fictio (lex rubria c. 20), in der Exceptio (§. 170 Note t) und kann demnach überall eingeſchoben werden, wo der Kläger im Fall eines Mißverſtändniſſes ſeiner Meinung vor der des Beklagten den Vorzug ſichern will — Cic. pro Mur. c. 13 neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim *qua de re agitur* addere. Brut. c. 79 *qua de re agitur* autem illud quod multis locis in iurisconsultorum includitur formulis, So erklärt ſich die Behandlung des Irrthums in den Formeln: L. 5 §. 5 D. de R. V. (6, 1) L. 83 §. 1 D. de V. O. (45, 1) — magis est, ut is petitus videatur, de quo *actor* sensit — (vgl. die Formel bey Varro de lingua lat. VII. 8 quam me sentio dixisse) — Savigny, Syſtem III §. 136 Note q. R.)

ww) Z. B. actiones in factum accommodatae legi aquiliae L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5).

der geltend gemacht wurde, nicht das Jus civile zu ſeiner Grundlage hatte. Es giebt Fälle, wo die Magiſtrate Eigenthum, Jura, Obligationen anerkannten und garantirten, die nicht nach Jus civile beſtanden, ſondern eben nur tuitione praetoris, bey denen alſo der Kläger mit der Intentio si paret rem actoris esse (iure civili), oder si paret reum dare oportere (iure civili), ſofort hätte von dem Richter abgewieſen werden müſſen, den eine ſolche Intentio anwies, nach dem Jus civile die Zuläßigkeit des Anſpruchs zu prüfen. Einen Weg bot hier die Möglichkeit einer ficticia formula dar (ſ. oben). Eine Zeit lang mochte dieß als genügend erſcheinen, aber es entſtand das Bedürfniß neuer Klagen in Fällen, wo die Fictionen nicht ohne Zwang oder gar nicht anzuwenden waren. Wollte man der Feſſel, welcher man durch Beſeitigung der Legis Actio als ausſchließlicher Klagform entronnen war, nicht wieder verfallen (der Gebrauch der Fiction im Formularproceß hat eine Analogie mit der interpretatio prudentium bey den Legis Actiones, wodurch ebenfalls im Geſetz gegebene Klagen auf nicht im Geſetz ausdrücklich enthaltene Fälle übertragen wurden, ſ. Bd. I §. 78 S. 312 ff.), ſo mußte noch ein anderer Weg geöffnet werden, und dieſer beſtand eben in Formeln ohne intentio iuris. In der That war dazu von den ficticiae actiones nur ein kleiner Schritt. Betrachten wir nämlich die Formeln mit einer Fiction, ſo haben ſie zwar eine intentio iuris civilis, aber doch ſchon getrübt durch die bloß bedingungsweiſe Geſtalt, in der ſie erſcheint. Es iſt keine wirkliche, ſondern eine fingirte Intentio; die Intentio iſt es, die fingirt wird, wie bey der andern Art der Fictionen die Legis Actio. Es war im Grunde ſchon die in factum actio, nur noch mit der Erinnerung an die iuris intentio, das Urtheil des Richters wurde von dem Befund einer Thatſache abhängig gemacht, nur noch außerdem auch von den Rechtsſätzen, welche die Schlüſſigkeit der iuris contentio bedingten. Man brauchte nur das letztere fallen zu laſſen, und das Factum ſo auszu-

drücken, daß es allein ſchon die Momente, von denen die Entſcheidung abhängt, vollſtändig enthielt, ſo hatte man die formula in factum concepta.

Es entſteht die Frage, wie ſich dieſe in factum actiones zur Eintheilung in in personam und in rem actiones verhalten. Formell bezieht ſich dieſe letztere nur auf die Formeln mit einer intentio iuris (ſ. oben), inſofern, kann man ſagen, gehören die formulae in factum conceptae weder zu der einen noch zu der andern Claſſe. Materiell aber erſtreckt ſich jene Eintheilung auch auf ſie. So ſind die in factum actiones, die aus Obligationen gegeben werden, personales actiones. Damit iſt indeſſen noch nicht entſchieden, ob der Prätor auch zum Schutz anderer Rechte in factum actiones gegeben hat, ſolche alſo, die zu den in rem actiones gezählt werden müßten. Der Anſchein iſt dagegen, die Structur der formulae in factum conceptae ſcheint recht eigentlich für perſönliche Klagen eingerichtet, alle uns überlieferten Beiſpiele fallen unter dieſe Claſſe, für das prätoriſche Eigenthum war es entſchieden eine ficticia actio, die der Prätor gab, und die in factum actiones, die zur Ergänzung der Vindication vorkommen, haben eine perſönliche Richtung[xx]). Dennoch giebt es einige Fälle, wo wir kaum umhin können, anzunehmen, daß eine in rem actio in factum concipirt wurde, namentlich beim Pfandrecht (§. 251). Es läßt ſich wohl behaupten, daß unſere Klagform zuerſt bloß für obligatoriſche Verhältniſſe gebraucht wurde, denen der Prätor Schutz verlieh, bey andern Rechtsverhältniſſen blieb man zunächſt bey dem Mittel der Fiction ſtehen, bis endlich hie und da ein dringendes Bedürfniß zwang, dieſe Schranke zu durchbrechen.

---

xx) So die actio in factum gegen die Erben deſſen, der meine Sache beſeſſen und dolo aufgehört hat zu beſitzen, die ausdrücklich der in rem actio entgegengeſetzt wird L. 52 D. de R. V. (6, 1).

Wichtiger iſt das Verhältniß zu der Eintheilung in stricti iuris und bonae fidei actiones. Gewiß iſt, daß die in factum actiones nicht zu den letzteren gehören, denn der Zuſatz ex fide bona war bey ihnen gar nicht denkbar[yy]), eben ſo wenig ſind ſie condictiones. Dieß ſchließt aber die Frage nicht aus, ob das officium iudicis bey ihnen nach der Analogie der einen oder der andern zu beſtimmen iſt. Savigny hält ſie allgemein für „freie Klagen", bey denen die Grundſätze von den bonae fidei actiones ſtillſchweigend Anwendung gefunden hätten[zz]). Ich glaube, daß ſich keine ſo allgemeine Regel aufſtellen läßt, es wird von der Faſſung der designatio rei abgehangen haben, welchen Spielraum das Officium Iudicis hatte, und dieſe Faſſung hinwieder wird durch den Charakter des Rechtsverhältniſſes beſtimmt worden ſeyn. In einem wichtigen Punkt aber war meiner Meinung nach ein Unterſchied aller in factum actiones von den bonae fidei iudicia, ſelbſt derer, die aus denſelben Rechtsverhältniſſen gegeben wurden, aus denen auch bonae fidei actiones entſprangen (Note vv), nämlich in Beziehung auf die Nothwendigkeit, Exceptionen vor dem Prätor vorzubringen, und in die Formel ſetzen zu laſſen. Der Grundſatz, daß dieſe Nothwendigkeit für die doli exceptio bey b. f. iudicia nicht beſteht (§. 170), iſt auf dieſe zu beſchränken, er gilt nicht von den in factum actiones. Darin liegt ein Grund[aaa]), warum der Prätor in manchen Fällen neben der b. f. actio noch eine formula in factum proponirte, durch die Wahl dieſer konnte der Kläger den Beklagten nöthigen, ſeine Exceptionen gleich vor dem Prätor anzubringen[bbb]).

---

yy) Savigny Syſtem V §. 217 Note t. Beil. XIII. 6, Note a. b.

zz) Savigny Syſtem Beil. XIII. 6. 10. 18.

aaa) Ueber einen anderen, der von geringerer Erheblichkeit iſt, vgl. unten §. 219 und Savigny Syſtem V S. 84.

bbb) In den zwey Beiſpielen, die Gaius giebt: Depoſitum und Commodatum, iſt es einleuchtend, daß dieſe ſtrengere Behandlung zum Vortheil des Klägers gerecht ſcheinen konnte.

Von dieſen prätoriſchen in factum actiones, welche den Namen von einer eigenthümlichen Bildung der Formel haben, ſind durchaus zu unterſcheiden gewiſſe civiles actiones, welche zuweilen auch (civiles) in factum actiones heißen, gewöhnlich: actiones praescriptis verbis[ccc]). Mit dieſen hat es folgende Bewandtniß. Bey der incerta formula muß der Grund der Forderung ausgedrückt werden, weil ſich erſt dadurch das Maß derſelben beſtimmt, das quidquid *ob eam rem* dare facere oportet weiſt auf eine vorhergehende Bezeichnung des Grundes zurück. Dieſe Bezeichnung geſchieht in einer Demonſtratio (§. 164), wenn das Rechtsgeſchäft, woraus die Forderung entſteht, einen eigenen civilrechtlichen Namen hat, wie z. B. Stipulation, Depoſitum, Emtio und Venditio u. ſ. f. Nun giebt es civilrechtlich wirkſame Gründe von Obligationen die keine ſolche beſtimmte techniſche Benennung haben: contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt[ddd]). Hier iſt eine eigentliche Demonſtratio nicht möglich, aber der Intentio wird ein ganz ähnlicher Satz vorausgeſchickt, der nur nicht Demonſtratio, ſondern mit einem allgemeinen Ausdruck praescripta verba genannt wird[eee]). Zwey

ccc) In dem Titel der Digeſten XIX. 5: de praescriptis verbis et in factum actionibus iſt von beiden Claſſen der in factum actiones die Rede.

ddd) L. 3 D. h. t. Dieß ſchließt natürlich nicht aus, daß man eine Benennung für ſie hat, wie bey der permutatio, bey dem aestimatum, nur muß ſie nicht eine ſo zu ſagen legaliſirte ſeyn.

eee) Actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat nennt ſie Alexander L. 6 C. de transact. (2, 4). — Die Klage heißt vorzugsweiſe incerti actio z. B. L. 7 §. 2 D. de pactis (2, 14): — civilem incerti actionem id est praescriptis verbis — L. 23 D. comm. div. (10, 3): — actionem incerti civilem — L. 6 D. de praescr. verb. (19, 5): — civili intentione incerti — L. 16 pr. eod.: — civilem actionem incerti —. Die Klage wird der condictio entgegengeſetzt L. 5 §. 2 D. eod.: — condici ei potest vel praescriptis verbis agi. Nun kommt in einer Stelle incerti condictione id est praescriptis verbis

von dieſen Klagen werden unter den bonae fidei actiones aufgezählt, damit ſtimmt zuſammen, daß gerade dieſen beiden in den Digeſten beſondere Titel gewidmet ſind, was eine Eigenthümlichkeit, die ſie vor den andern voraus hatten, andeutet[fff]).

CLXVI. Ein dritter Beſtandtheil von Formeln iſt die Adjudicatio, wodurch der Richter angewieſen wird, jeder Partey zuzuſprechen was ihr von dem bisher gemeinſchaftlichen Gegenſtand gebührt. Die Faſſung iſt: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato, was doppelt, für beide Parteien, in die Formel geſetzt wird. Dieſe pars formulae kann nur bey den Klagen vorkommen, die auf richterliche Theilung eines Gegenſtands gerichtet ſind; dieß iſt der Fall bey der actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum.

Von weit umfaſſenderem Gebrauch iſt die Condemnatio, welche mit Ausnahme einiger weniger (§. 167) in allen Formeln vorkommt. Sie beſteht in der Anweiſung an den Richter: zu condemniren oder zu abſolviren: — condemnato,

---

vor L. 19 §. 2 D. de precar. (43, 26). Statt condictione hat die litera bononiensis *actione* (Savigny Syſtem V S. 98 Note o); man möchte faſt glauben, der Juriſt habe incerti condictione geſchrieben, und die Condictio der durch das Precarium überlieferten Poſſeſſio im Sinne gehabt, was ſodann die Compilatoren durch den mit Hinſicht auf L. 2 §. 2 eod. gemachten Zuſatz verfälſcht haben.

fff) Dig. XIX. 3: de aestimatoria. XIX. 4: de rerum permutatione; darauf folgt erſt XIX. 5 der allgemeine Titel für die übrigen. — L. 2 §. 2 D. de precar. (43, 26) ſagt daß die Klage ex bona fide *oritur*, woraus für die Eigenſchaft als b. f. actio nichts folgt. Ebenſo wenig ſcheinen mir die von Savigny (Syſtem V Beil. XIII. 2, Note f) angeführten Gründe zu beweiſen, daß alle actiones pr. verbis bonae fidei geweſen ſeien. Er ſelbſt legt der Aufzählung der bonae fidei actiones in den Inſtitutionen (ſ. oben Note nn) Autorität bey, dieſe würde noch nicht erheblich geſchwächt, wenn allenfalls eine Klage ausgefallen wäre, was ſollte man aber ſagen, wenn ſtatt der ganzen Gattung nur zwey Arten genannt würden?

si non paret absolvito[a]). Die Condemnatio geht immer auf eine Geldſumme, welches auch der Gegenſtand der Klage ſeyn möge. Aber dieſe Summe kann beſtimmt oder unbeſtimmt gelaſſen ſeyn, und dieſer Unterſchied iſt für die Function des Richters von größter Bedeutung[b]). Die Condemnatio als Theil der Formel (alſo die Anweiſung an den Richter, nicht das Urtheil dieſes ſelbſt, denn dieſes muß immer auf eine beſtimmte Geldſumme gehen) kann 1) condemnatio certae pecuniae ſeyn: iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna, si non paret absolve. Hier hat der Richter keinen Einfluß auf den Umfang der Condemnation, eine Aenderung würde ihn verantwortlich machen; ſowie er findet, daß der Beklagte dem Kläger dieſe Summe nicht ſchuldet, obgleich vielleicht nur um ein unbedeutendes weniger, ſo hat er ihn zu abſolviren[c]). Dieſe Faſſung tritt bey den formulae in ius conceptae dann ein, wenn die Intentio auf certa pecunia geht, alſo bey der certi condictio (§. 165), aber auch bey in factum actiones kann ſie vorkommen, wenn ſie auf eine beſtimmte Strafe gehen[d]). 2) In andern Fällen enthält die Formel eine condemnatio incertae pecuniae, bey den formulae in ius conceptae überall, wo die Intentio nicht auf certa pecunia geht, ſondern entweder auf ein incertum, oder auf eine certa res außer pecunia numerata, denn auch hier muß der Richter den Gegenſtand erſt zu Geld anſchlagen, um condemniren zu können, die Feſtſtellung des Werths liegt in ſeinem Officium; ferner bey den in factum actiones, wenn die Forderung nicht auf eine beſtimmte, unveränderliche Geld=

---

a) Beides iſt ſtets verbunden: condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur Gai. IV. 43; darauf bezieht ſich auch L. 37 D. de R. I. (50, 17): Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest. L. 3 D. de re iud. (42, 1).

b) S. über das Folgende Gai. IV. 48—52.

c) Cic. pro Roscio com. 4.

d) Gai. IV. 46.

ſumme gerichtet iſt. Dieſe Condemnatio iſt aber wieder von doppelter Art. Regelmäßig iſt ſie infinita, d. h. dem Richter iſt für die Beſtimmung der Größe keine andere Gränze, als die in der Sache liegende gegeben: quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N. N. Ao Ao c. s. n. p. a. oder: (quidquid dare facere oportet, eius) iudex N. N. A. A. c. s. n. p. a.[e]). Das Maß für den Richter giebt, wie die Worte der Formel zeigen, lediglich der Gegenſtand der Forderung. Zuweilen indeſſen wird der Richter zwar nicht auf eine beſtimmte Summe angewieſen, aber es wird ihm in der Formel ein Maximum geſetzt, welches er nicht überſchreiten darf, dieß heißt condemnatio incertae pecuniae cum taxatione: iudex N. N. A. A. dumtaxat x milia condemna s. n. p. a. Hier ſoll der Richter nach Befinden in weniger condemniren, niemals aber in mehr; thut er dieß, ſo macht er ſich ebenſo verantwortlich, wie wenn er eine condemnatio certae pecuniae überſchritten hätte[f]). Dieſe Taxatio geht von dem Kläger aus, welcher auf dieſe Art vor dem Prätor den Gegenſtand ſeiner Forderung anſchlägt, ſo bey der Injurienklage, wo er die ihm geſchehene Injurie auf eine beſtimmte Summe äſtimirt[g]), und bey den Klagen auf eine Strafe, die ſich nach dem Werth einer gewiſſen Sache richtet[h]). Es kommt aber in manchen For=

---

e) Bey der Beſchreibung der Condemnatio IV. 43 giebt Gaius für alle drey Arten Beiſpiele: decem milia (cond. certae pec.) — dumtaxat decem milia (ſ. nachher) — das letzte betrifft den obigen Fall: iudex N. N. A. A. condemnato et reliqua, ut non adiiciatur —. Für den Schluß des Satzes würde der Sinn fordern: pecuniae summa, dieß iſt unthunlich, da in der Handſchrift nur für zwey Buchſtaben Raum iſt. Alſo wird Gaius ſtatt des Abſtractums das Concretum, die x m., als das nicht Beizufügende genannt haben.

f) Festus v. taxat: — in litibus quoque (iudici) arbitrove cum proscribitur, quoad ei ius sit statuendi, taxatio dicitur, quae fit certae summae. *g*) Gai. III. 224. Paulus in der collat. II. 6.

h) So bey der Klage wegen Raubs auf das Vierfache der geraubten Sache. Der Kläger ſchlägt den Werth dieſer an, nimmt das Vierfache, der Prätor ſetzt dieſe Summe als Taxatio in die Formel, der

meln noch eine andere Taxatio vor, die ſich von der eben erwähnten dadurch unterſcheidet, daß ſie nicht eine Summe, ſondern einen andern Gegenſtand als Maß bezeichnet, über welches der Richter nicht hinausgehen ſoll. Dieſe Taxatio tritt ein, wenn der Beklagte nicht für das Ganze, was eigentlich Gegenſtand der Klage iſt, haften ſoll, ſondern z. B. nur ſo weit er bereichert iſt [i]), ferner wenn der Vater oder Herr aus den Geſchäften des Sohnes oder Sclaven belangt wird, ſo weit das Peculium reicht oder etwas in ſein Vermögen gebracht worden iſt [k]). Dieſe Taxatio erwähnt weder Gaius bey der Condemnatio noch Feſtus, Huſchke hält dieß für eine zufällige Weglaſſung [l]). Aber ſie gehörte auf keinen Fall in das Syſtem der Condemnationen, welches Gaius vorträgt, ſie bildet ſo wenig eine beſondere Claſſe derſelben, als der Zuſatz ex fide bona zur Intentio, der ebenfalls auf den Umfang der Condemnation Einfluß haben kann. Sie iſt mit einem Wort nicht eine unmittelbare Modification der Condemnatio, ſondern des Gegenſtands der Forderung, und damit erſt, alſo mittelbar, der Condemnatio [m]).

Richter unterſucht, ob oder wie viel weniger der Werth wirklich beträgt. Cic. pro Tull. 7.

i) L. 17 §. 1 D. de dolo malo (4, 3): haec actio in heredem et ceteros successores datur *dumtaxat* de eo quod ad eos pervenit.

k) So z. B. L. 57 D. de iudic. (5, 1): — transfertur iudicium in patrem *dumtaxat* de peculio et quod in rem eius versum est. L. 44 D. de pecul. (15, 1): si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem *dumtaxat* de peculio. L. 24 §. 2 D. de act. emti (19, 1): — sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur. Noch andere Stellen ſ. bey Huſchke in Imm. G. Huschke anal. lit. p. 264 sq.

l) Zimmern (röm. Civilpr. §. 56) nimmt demzufolge vier Stufen der Condemnation an: certae pecuniae, incertae cum taxatione certae pecuniae, incertae cum taxatione incerta, incertae infinita. Dieß iſt ſchon deswegen falſch, weil jene zweite Art der Taxatio ſich auch bey einer condemnatio certae pecuniae denken läßt.

m) Daher ihr das in solidum agere (oder etwa auch condemnare)

Was der Condemnation in der Formel vorausgeht, und namentlich die Intentio, iſt die Bedingung derſelben (*si paret* — condemna, *si non paret* absolve). Zuweilen aber wird der Condemnation noch eine beſondere Bedingung vorausgeſchickt, wodurch der Richter angewieſen wird, zu condemniren, wenn (unter Vorausſetzung der Richtigkeit des klägeriſchen Anſpruchs) der Beklagte nicht ſo, wie es der Richter dem Recht gemäß finden würde, leiſte, namentlich reſtituire oder exhibire (eine Sache darſtelle): nisi arbitratu iudicis rem restituat oder exhibeat oder solvat[n]). Solche Formeln heißen arbitrariae formulae; ſie bilden die zweite Claſſe von arbitria, deren oben (§. 154) gedacht worden iſt. Der Richter wird dadurch angewieſen, wenn der Anſpruch des Klägers gegründet befunden iſt, zuerſt ein arbitrium de re restituenda oder exhibenda, und damit dem Beklagten Gelegenheit zu geben, den Kläger durch die von dieſem angeſprochene Leiſtung zu befriedigen, ſo wie es der Richter arbitrirt z. B. mit den Früchten der Sache, dem Intereſſe für und wider, mit Cautionen u. ſ. f. Erſt wenn er dieſem Arbitrium nicht nachkommt, wird er (in eine Geldſumme) condemnirt, thut er es, wird ebenfalls die Sentenz gefällt, aber abſolutoriſch. Eine ſolche Klage war z. B. die actio quod metus causa[o]), die actio de dolo[p]), die actio ad exhibendum[q]), ferner die actio de eo quod certo loco, um bey einer stricti iuris obligatio an einem andern Ort zu klagen, als an dem die Leiſtung gefordert

---

gegenüberſteht, welches keinen Gegenſatz zur wahren condemnatio cum taxatione bildet.

n) §. 31 I. de action. (4, 6). Savigny Syſtem V §. 221—223.

o) L. 14 §. 3. 4 D. quod metus c. (4, 2). Das Edict, welches dieſe Klage giebt, ſpricht dieſe Eigenſchaft durch den Zuſatz aus: neque ea res arbitrio iudicis restituetur L. 14 §. 11 eod.

p) L. 18 pr. D. de dolo m. (4, 3).

q) L. 3 §. 13 D. ad exhib. (10, 4) §. 31 I. de action. (4, 6).

werden kann[r]). Eine ſehr häufige Anwendung hat die arbitraria formula bey Interdicten (§. 169), und noch mehr bey in rem actiones auf Reſtitution, wo ſie nothwendig war, um dem Kläger die Möglichkeit zu verſchaffen, auf dem Weg des Proceſſes die Sache ſelbſt zu bekommen, während er ohne das Arbitrium immer nur den Werth erhalten hätte, und auch dieſen nicht mit Anſchlag alles deſſen, was ihm mit der Sache entgieng, und worauf der Richter als arbiter einzugehen volle Macht hatte. Sie erſetzte hier die Beſtellung der arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit (§. 154 Note e) zur Zeit der Legis Actiones[s]). Eine discretionäre Macht des Richters in der Beſtimmung der Art, wie der Beklagte ſeiner Pflicht nachzukommen, und in dem Anſatz des Werths, den er im entgegengeſetzten Fall zu leiſten habe, war eine weſentliche Folge ſeiner Eigenſchaft als Arbiter, dieß iſt es was im juſtinianiſchen Recht, wo das eigenthümliche Verhältniß des Arbitrium zur Condemnatio weggefallen iſt, vorzugsweiſe hervorgehoben wird. Wie verhalten ſich zu den arbitrariae die bonae fidei actiones? Es iſt oben bemerkt worden, daß beide die zwey Claſſen der arbitria bilden; daraus geht hervor, daß die arbitraria formula nicht auch bey b. f. iudicia Anwendung finden konnte, der Judex war hier ſchon durch den Zuſatz ex fide bona Arbiter, und hatte die ganze Macht, die ihm die arbitraria formula hätte geben können, auch die, den Beklagten zu abſolviren, wenn er vor der Sentenz den Kläger, wie es der Richter recht und billig fand, befriedigte (§. 172), die ar-

---

r) Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. S. §. 152 Note q. Savigny Syſtem V §. 223 S. 132. Ueber die einzelnen arbitrariae actiones vgl. Zimmern röm. Civilproc. §. 67. 68. Savigny §. 223.

s) Die arbitraria formula bey in rem actiones iſt aus Cicero (Verr. II. 12) zu entnehmen: L. Octavius iudex esto. Si paret fundum capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus (arbitratu iudicis) P. Servilio restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex rel.

bitraria formula wäre hier ohne Sinn geweſen. Dieſem ſcheint nun die Formel der actio depositi entgegen zu ſeyn, welche nach condemnatio die Worte nisi restituat hat[t]). Aber ſchon dieſer Ort des Zuſatzes zeigt, daß er die Klage nicht zur arbitraria machte, ſondern nur der Ausdruck eines ſich von ſelbſt verſtehenden Satzes war. Zu dieſer ausdrücklichen Einſchärfung fand man ſich aber in dieſem Fall hinreichend veranlaßt, es handelte ſich um eine Klage, die den Condemnirten infamirte[u]).

Die Condemnatio iſt endlich auch der Ort, wo der Name des Stellvertreters, wenn durch einen ſolchen der Proceß geführt werden ſoll, Platz findet (§. 156). Die Intention wird dadurch nicht verändert, ſie wird auf die Perſon des Dominus geſtellt, deſſen Rechte ja geltend gemacht werden ſollen, ſowohl wenn ein Stellvertreter für den Kläger, als wenn er für den Beklagten (nämlich bey ſolchen Klagen, wo überall die

---

t) S. §. 165 Note vv erſte Formel, nach der glücklichen Auflöſung der Siglen n r durch Huſchke (Studien I S. 316) vgl. L. 1 §. 21 D. depos. (16, 3).

u) Savigny a. a. O. hält dafür, daß bey jeder freien Klage (§. 165 Note oo), die auf Reſtitution oder Exhibition gieng, die arbitraria formula ſtattgefunden habe, namentlich auch bey bonae fidei iudicia. Meiner Meinung nach iſt jenes Princip, wonach die Eigenſchaft der Klage als einer freien über die Zuläßigkeit der arbitraria formula entſcheiden ſoll, deswegen unrichtig, weil vielmehr umgekehrt erſt die Anwendung der arbitraria formula die Klage zu einer „freien", einem Arbitrium macht. So iſt die in rem actio an ſich kein arbitrium, ſie wird es aber durch jene Formel. Arbitria werden Klagen überhaupt auf doppelte Weiſe, entweder durch den Zuſatz ex fide bona (aequius melius u. ſ. f.) oder durch den Zuſatz: nisi arbitratu iudicis etc. Alſo iſt die Eigenſchaft, arbitrium zu ſeyn, die Wirkung, nicht die Urſache der arbitraria formula. Und die Urſache hinwieder, warum gewiſſe Klagen durch dieſe Formeln (bonae fidei und arbitraria) zu arbitria gemacht werden, liegt in der Beſchaffenheit der Rechtsverhältniſſe, aus denen ſie entſpringen, und die eine freiere Behandlung, ein freieres Officium des Richters fordern.

Perſon des Beklagten in der Intentio vorkommt) auftritt. Die Condemnation aber wird auf die Perſon des Stellvertreters concipirt [v]).

CLXVII. Die Zuſammenſetzung der Formeln aus den einzelnen Theilen geſchah in der Ordnung, in der ſie bisher erörtert worden ſind. Aber es gab keine Formel, in welcher alle dieſe partes zuſammen vorgekommen wären [a]).

Die Demonſtratio hat eine ziemlich beſchränkte Anwendung, ſie kommt nur bey perſönlichen Klagen vor [b]), und zwar

---

v) Gai. IV. 86. 87. Beiſpiel für einen Stellvertreter des Klägers: si paret N. N. Publio Mevio (dem Dominus) ss. x milia dare oportere, iudex N. N. Lucio Titio (dem Stellvertreter) ss. x m. condemna s. n. p. a. Für den Beklagten: si paret Publium Mevium Ao Ao ss. x m. dare oportere, iudex Lucium Titium A. A. ss. x m. condemna etc. — Cicero (Verr. II. 12) ſcheint die Formel si paret fundum ex iure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur etc. (alſo die Formel, wie ſie gegeben wurde, wenn Catulus als Stellvertreter des Servilius klagte) für eine unerhörte auszugeben, während ſie doch gewiß ſchon zu ſeiner Zeit bey Stellvertretern (und ſo auch bey der rutiliana actio Gai. IV. 35) täglich vorkam. Er meint aber nur ihre Anwendung außer dieſen Verhältniſſen durch einen gewiſſenloſen Prätor, wie Verres.

a) Gai. IV. 44: Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Nichts ſcheint mir gewiſſer als daß der von Göſchen (gegen die Handſchrift) gemachte Zuſatz non tamen *semper* unrichtig iſt. Dieß folgt ſchon aus dem Nachſatz: sed quaedam etc., der das semper ſchlechterdings ausſchließt. Sodann könnten die Klagen, in denen alle Theile zuſammen vorkommen, möglicherweiſe nur die drey Theilungsklagen ſeyn, wie inept aber wäre es, zu ſagen: ſie finden ſich nicht immer beiſammen, wenn ſie nur in dreien von den unzähligen Formeln, die es giebt, ſich beiſammen finden.

b) In den dinglichen Klagformeln, die wir haben, ſteht keine Demonſtratio: Cic. Verr. II. 12 (§. 166 Note s) Gai. IV. 34. 36 (es iſt ſchon §. 165 Note ss erinnert worden, daß die Fiction nicht für eine Demonſtration gehalten werden darf). In der That hätte ſie bey in rem actiones eine ganz überflüſſige Rolle gehabt.

ſolchen, die in ius conceptae ſind (§. 165 nach Note vv), auch hier nur bey einer intentio incerta, alſo nicht bey Petitionen (§. 165 Note c), endlich bloß inſofern das Geſchäft, aus dem geklagt und das in ihr genannt werden ſoll, ein civile nomen hat, außerdem wird ſie durch praescripta verba erſetzt (§. 165 a. E.). Ueber die zwey letzten Punkte iſt noch einiges zu ſagen. Nur einer intentio incerta kann eine Demonſtratio vorausgehen; damit ſtimmen alle Beiſpiele von Demonſtrationen, die wir beſitzen, überein, es wird beſtätigt durch die Beiſpiele von certae formulae, die ohne Demonſtratio ſind[c]), und durch den innern Grund, daß dort allein ein Bedürfniß eintrat, da ohne Demonſtration das quidquid dare facere oportet alles Sinns und Halts entbehrt hätte, während das si paret centum oder fundum dare oportere in ſich ſein Maß trägt und die Entſtehung der Condictio (ob aus einer adnumeratio, stipulatio u. ſ. f.) für die Natur der Forderung gleichgültig iſt. Allerdings aber iſt es dem Kläger nicht verwehrt, in die Intentio den Grund der Forderung zu ſetzen, wenn er ſich auf dieſe Weiſe beſchränken will[d]). Auf

c) Gai. IV. 34. Daher behandelt Cicero in der Rede pro Roscio com. es als ungewiß, aus welchem Geſchäft die Klage auf certa pecunia angeſtellt ſey, was bey der Beifügung einer Demonſtratio undenkbar wäre. Auch beginnt die Faſſung der certa intentio mit den Worten si paret, vor denen eine Demonſtratio außer allem Zuſammenhang ſtehen würde.

d) Gai. IV. 55: — si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur —. (Nicht hieher gehört Quintil. inst. orat. IV. 2: — certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento — denn er ſpricht nicht von der Klagformel, ſondern von der Narratio des Redners, die zuweilen ſo einfach ſey, daß ſie mehr eine bloße propositio genannt werden müſſe). — Eine Beſchränkung liegt darin, inſofern der Kläger nun nicht mit dem Beweis eines andern Klaggrundes zugelaſſen wird, aber es ſchadet ihm auch nichts in Beziehung auf eine wiederholte Klage aus einem andern Obligationsgrund, ja es kann ihm vortheilhaft ſeyn, inſofern dadurch conſtatirt wird, daß der Obligationsgrund, den er bey der ſpäteren

dieſelbe Art, könnte man denken, habe auch bey den in rem actiones die Erwähnung des Erwerbsgrundes (z. B. bey der rei vindicatio die der Mancipation, Uſucapion ꝛc., bey der hereditatis petitio die des Teſtaments oder der Inteſtaterbfolge) in der Intentio vorkommen können, aber es findet ſich keine Spur davon[e]), und dieſe Erwähnung wäre denn auch eine Unklugheit geweſen; ſie hätte den Kläger beſchränkt, ohne ihm die Ausſicht zu laſſen, wegen eines andern Erwerbsgrundes die Klage noch einmal anzuſtellen (§. 175 a. E.). Bey Delictsklagen kommt nur inſoweit eine Demonſtratio vor, als ſie in ius oder in bonum et aequum conceptae ſind z. B. quod N. N. Stichum servum, cum is Ai Ai ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus (oder infitiatus) est, quantam pecuniam ob eam rem N. N. Ao Ao ex lege aquilia dare oportet, oder quod Auli Agerii mala Numerii Negidii pugno percussa est, oder quod Numerius Negidius sibilum inmisit Aulo Agerio infamandi causa[e*]) oder si paret ope consiliove N. N. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N. N. pro fure damnum decidere oportet[f]); ſo weit ſie in

---

Klage vorbringt, nicht ſchon bey dem vorhergehenden Proceß dem Richter vorgelegt war, ihm alſo nicht die res iudicata entgegenſteht, während ohne jene expressa causa zwar für einen damals nicht gebrauchten Grund daſſelbe gilt, aber eben die Entſcheidung der Frage, ob er nicht ſchon damals gebraucht worden, ungewiß ſeyn kann. Vgl. §. 175 a. E.

e) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): — quae unam tantum causam egit rupti testamenti — iſt nicht von der Formula zu verſtehen, ſo wenig als L. 11 §. 2 eod.: si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit —. In der That nahm einer ſolchen Erwähnung in der Intentio das „ex iure quiritium" den Platz weg. Bey der in rem actio per sponsionem mag ſie zuläßig geweſen ſeyn, wenn der Beklagte zuſtimmte.

*e**) Collatio II, 6. §. 4. 5. Gai. IV. 60. (In der erſten Ausgabe war die Demonſtratio bei Delictsklagen ganz abgeläugnet worden. R.)

f) Gai. IV. 37. Dieſe Formel ließ ſich dann ſofort auch auf die actio

factum componirt waren, wurde die nöthige Deſignation in die Intentio aufgenommen. — Die Demonſtratio ſteht nie allein, und zwar iſt es eine Intentio der oben bezeichneten Art, mit der ſie in weſentlicher Verbindung ſteht, und zu welcher ſie die Einleitung bildet.

Die Intentio ſteht in allen formulae in ius conceptae, die formulae in factum conceptae haben ſtatt ihrer eine designatio rei, die aber ihre Stelle vollkommen vertritt, ſie iſt nur nicht eine intentio iuris, aber eine intentio facti zu nennen. Eine beſondere Bewandtniß hat es mit den Theilungsklagen. Dieſe haben eine doppelte Intentio. Die eine iſt mit der Adjudicatio verbunden: *quantum adiudicari oportet (ex bono et aequo)*, iudex Titio adiudicato[g]). Dieß wurde für den andern Theil ebenſo wiederholt. Aber dieſe Klagen gehen nicht bloß auf Theilung (worauf die Adjudicatio ſich bezieht) ſondern auch auf praestationes personales, zu denen ein Theilhaber dem andern zu condemniren, oder von denen er zu abſolviren iſt. Sie enthielten daher noch eine zweite Intentio, welcher eine Condemnatio folgte, etwa: tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a. Von dieſen zwey Intentionen iſt die erſte, mit der Adjudicatio verbundene in rem concipirt, da der Gegner nicht genannt iſt, die andere, welcher die Condemnatio folgt, in personam[h]).

---

noxalis (wo dieſe ex lege ſtattfand) anwenden: si paret ope consiliove Stichi servi f. f. e. p. a., quam ob rem Lucium Titium p. f. d. d. o. etc.

g) Gai. IV. 42. Der Zuſatz ex bono et aequo findet ſich in §. 20 I. de action. (4, 6). Vorher gieng, wie ich glaube, nur eine Bezeichnung des Gegenſtands mit den Worten: de fundo quo de agitur (Heffter ad Gai. comment. IV p. 59 glaubt: eine Demonſtratio, worin die communio rei ausgedrückt war).

h) Dieß war in der Quelle enthalten, aus der §. 20 I. de action. (4, 6) geſchöpft iſt: quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. qualis est familiae erci-

Die Intentio iſt zugleich die einzige pars formulae, welche allein ſtehen kann. Es giebt nämlich Formeln, die bloß aus einer intentio beſtehen, die praeiudiciales formulae, praeiudicia. Dieß ſind die Klagen, auf welche der Richter lediglich über die Exiſtenz einer rechtlichen Thatſache entſcheiden ſoll, ohne den Beklagten zu condemniren, z. B. ob der Gläubiger den sponsores oder fidepromissores, die ſich ihm verpflichtet haben, die Mittheilungen gemacht hat, die ihm geſetzlich obliegen[i]; wie hoch eine gewiſſe Dos ſich belaufe; ob jemand Freigelaſſener ſey[k]; ob Kind dieſes Mannes[l]; ob frey[m]. Der Proceß iſt ein praeiudicium, inſofern dadurch eine Frage entſchieden werden ſoll, welche die Grundlage für einen folgenden Proceß bilden wird oder kann. Die praeiudicia werden daher auch der actio im eigentlichen Sinn gegenübergeſtellt, wiewohl ſie dieſer Ausdruck im weiteren Sinn be-

---

scundae actio etc. Dieſe Bemerkung hat für das juſtinianiſche Recht keinen Sinn mehr, denn in materieller Rückſicht, die für dieſes Recht allein übrig geblieben iſt, ſind jene Klagen rein perſönliche, ſie entſpringen aus einer Obligatio, die zwar ihrerſeits aus der Gemeinſchaft eines andern Rechts (Miteigenthum, Miterbrecht) entſteht, über das aber mit jenen Klagen nicht geſtritten werden kann (nur in einem ſeltnen Fall wird dieſer Streit um das Erbrecht, das Eigenthum, auf den die Klagen gar nicht berechnet ſind, mit aufgenommen L. 1 §. 1 D. fam. erc. 10, 2). Eine eigenthümliche Natur allerdings hat eine der Theilungsklagen, die actio finium regundorum, der man in der That eine mixta causa auch materiell zuſchreiben kann, aber dieſe iſt eben darum nicht in dem vollkommenen Sinn eine Theilungsklage, wie die beiden andern (§. 234), und ihre Formel iſt ohne Zweifel auch anders (nämlich mit einer vorausgehenden Anweiſung auf Ermittelung der wahren Gränzen) concipirt worden L. 2 §. 1 D. fin. reg. (10, 1). — In einem ganz andern Sinn werden dieſe Klagen von Ulpian L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) mixtae actiones genannt, nämlich weil beide Parteien die Stellung des Klägers einnehmen, vgl. §. 175.

i) Gai. III. 123. *k*) Gai. IV. 44. L. 8 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4). *l*) L. 3 §. 2 D. de agnosc. lib. (25, 3). *m*) §. 13 I. de action. (4, 6).

greift[n]). Die Intentio iſt bey ihnen ſtets in rem d. h. ohne Nennung des Beklagten concipirt.

Die Condemnatio kommt in allen Formeln außer den praeiudiciales vor, ſie iſt aber nicht alleinſtehend denkbar, ſondern es gehen ihr ſtets die andern Theile der Formel, aus denen ſie erſt ihre Bedeutung zieht, voraus[o]).

Die Formel wird von dem Prätor nach den dafür beſtehenden Regeln verfaßt, die von der Willkühr des Klägers unabhängig ſind. Dagegen erhält ſie ihren beſondern Inhalt durch die Anträge der Parteien, und ſo namentlich, wovon hier zunächſt die Rede iſt, des Klägers. Ein Fehler, den er dabey begeht, iſt zuweilen unſchädlich, zuweilen kann er ſein Recht in Gefahr bringen. Der Hauptfall iſt eine Zuvielforderung, pluris petitio[p]). Dieſe iſt auf vierfache Art möglich: zuviel fordert 1) re, wer eine größere Summe oder einen größeren Theil des Gegenſtands fordert als ihm gebührt; 2) tempore, wer früher, 3) loco, wer an einem andern Ort fordert, als der Beklagte zu leiſten hat, 4) causa, wer ſonſt die Gebühr überſchreitet, z. B. während ſeine Forderung auf einen nur der Gattung nach beſtimmten Gegenſtand gerichtet iſt und der Beklagte die Wahl hat, ein beſtimmtes Individuum dieſer Gattung fordert.

Die Wirkung der Pluspetition hängt davon ab, in welchem Theil der Formel ſie geſchehen iſt. In der Intentio hat

---

n) L. 35 §. 2 D. de procur. (3, 3) L. 37 pr. D de O. et A. (44, 7).

o) So wie mit dieſer Behauptung nicht gemeint iſt, daß alle andern Theile z u ſ a m m e n vorausgehen müßten, eben ſo iſt die Meinung des Gaius IV. 44: — item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatione nullas vires habet — nicht die, daß jeder dieſer Theile a l l e i n der Condemnatio Kraft geben könne. Wie im Text die Conjunction, ſo iſt bey Gaius die Disjunction nicht ſtreng zu verſtehen. Es giebt keine Formeln mit bloßer Demonſtratio und Condemnatio, und bloßer Adjudicatio und Condemnatio, wohl aber mit bloßer Intentio und Condemnatio.

p) Gai. IV. 53—60. §. 33 I. de action. (4, 6).

ſie die Folge, daß der Kläger abgewieſen wird und nicht wieder klagen kann (rem perdit, causa cadit), da die Klage in iudicium deducirt und dadurch conſumirt iſt (§. 172)[q]. Daher ſchadet es nicht, wenn er nicht ſowohl mehr als vielmehr etwas ganz anderes gefordert hat, weil er hier die ihm zuſtändige Klage gar nicht in iudicium deducirt hat, mithin an ihrer künftigen Anſtellung nicht gehindert iſt. In einer incerta intentio ferner iſt eine Zuvielforderung ſchon factiſch unmöglich, weil der Kläger hier ſtets nur fordert, was ihm gebührt, ohne es näher zu beſtimmen. Das bisher Bemerkte gilt auch für in factum actiones, wenn in die Deſignation mehr als recht geſetzt wird, eben weil dieſer Theil der formula in factum concepta als Intention gilt. Umgekehrt wenn zu wenig intendirt iſt, kann wegen des übrigen ſpäter wieder geklagt werden, nur nicht während derſelben Prätur, da der Beklagte in dieſem Fall die exceptio litis dividuae hat. Wie dieſer hier gegen eine willkührliche Trennung deſſelben Rechtsſtreits, wenigſtens gegen die nächſte ihm daraus erwachſende Unbequemlichkeit in Schutz genommen wird, ſo auch, wenn der Kläger in bösliche Abſicht eine von mehreren Klagen gegen ihn anbringt, die anderen verſchiebt, auch hier ſteht dieſen letzteren innerhalb derſelben Prätur eine exceptio litis residuae entgegen[r].

Wenn in die Condemnation eine höhere Summe als ſich gebührt geſetzt worden iſt, ſo ſchadet dieß dem Kläger nicht, vielmehr würde es ihm Vortheil bringen, da der Beklagte ſtreng genommen in das Mehr condemnirt werden müßte. Aber dieſer erhält durch In integrum Reſtitutio eine Rectification der Formel. Nicht ſo der Kläger, wenn er zu wenig in die Condemnation hat ſetzen laſſen, er wäre denn ein Minderjäh-

q) Vgl. auch Cic. de orat. I. 37. Ebenſo war es zur Zeit der Legis Actiones Cic. l. c. 36.

r) Gai. IV. 122.

riger. Hier gilt alſo der umgekehrte Satz von dem bey der Intentio gegebenen: das Zuviel ſchadet dem Kläger nicht, wohl aber das Zuwenig.

In der Demonſtratio endlich hat das Zuviel und Zuwenig keinen Einfluß, das Verſehen wird von dem Judex ohne daß es einer In integrum Reſtitutio, alſo der Mitwirkung des Prätors bedarf, rectificirt: falsa demonstratio non nocet. Manche Juriſten behaupteten eine Ausnahme bey ſolchen Klagen, wo der Verurtheilte infamis werde: ein Depoſitar z. B. hat ſich belangen laſſen, weil der Kläger zwey Sachen bey ihm deponirt zu haben behauptet, ſtatt einer, wie es der Wahrheit gemäß iſt; ſoll er nun infam werden, dadurch daß der Richter ihn allein wegen der einen condemnirt, welche zu erſtatten er bereit geweſen wäre, wenn der Kläger ſein Verlangen auf ſie beſchränkt hätte? fordert nicht vielmehr die Gerechtigkeit, daß der Richter den Kläger, der mit einer der Ehre ſeines Gegners nahe tretenden Klage ſo leichtfertig umgegangen iſt, abweiſe? r*) Die herrſchende Anſicht verwarf dieſe Ausnahme (wenigſtens für die actio depositi in ius concepta), da es für den Beklagten, wenn er nur wirklich bereit war ohne Proceß zu leiſten, was der Kläger in Wahrheit zu fordern hatte, andere Mittel gab, dem ihm nachtheiligen Urtheil zu entgehen s). Etwas anderes iſt eine falſche Bezeichnung des Factums bey einer formula in factum concepta,

---

r*) (Bei dieſen Klagen nämlich verlangt der Prätor eine genaue Angabe des Factums in dem Entwurf der Demonſtratio oder was deren Stelle vertritt: ſo in der actio depositi: L. 1 §. 40. 41. depositi (16, 3); iniuriarum: L. 7 pr. D. de iniur. (47, 10) Collatio II. 6. 1 (qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit); furti: L. 19 pr. — §. 5 L. 52 §. 25 D. de furt. (47, 2) Paul. II. 31, 22; doli: L. 16 de dolo (4, 3), wahrſcheinlich auch tutelae: Cic. de or. I. 36. R.)

s) Vgl. §. 172 (absolutoria iudicia).

dieſe ſchadet dem Kläger, da hier die Bezeichnung des Factums als Intentio gilt[s*]).

cc. Sponſiones.

CLXVIII. Stipulationen (Rechtsgeſchäfte in Frage und Antwort, wodurch eine Perſon einer andern ſich, unbedingt oder bedingt, zu etwas verpflichtet) beruhen gewöhnlich auf Uebereinkunft der Parteien, unter denen ſie vorgenommen, und ſodann, wenn der dadurch Verpflichtete nicht erfüllt, Grund einer Klage (je nach ihrem Inhalt: condictio certi, triticaria, actio ex stipulatu §. 165) werden; dieſe heißen stipulationes conventionales. Zuweilen kann aber auch der Judex zu einer ſolchen anhalten, stipulationes iudiciales, z. B. wenn er bey den arbitrariae formulae dem Beklagten aufgiebt, die Reſtitution der Sache zu verſprechen, und ihn um dieſen Preis abſolvirt. Endlich hält in vielen Fällen der Prätor zu Stipulationen an, stipulationes praetoriae, die auf ſein Gebot eine Partey der andern leiſten muß[a]). Von dieſen letzteren iſt hier die Rede, ſie ſind ihrem Zwecke nach verſchieden[b]); eine Claſſe derſelben bezieht ſich auf die Formirung des Proceſſes, und dieſe iſt es, von der an dieſem Ort gehandelt werden ſoll. Solche Stipulationen heißen sponsiones, inſofern ſie durch die Worte spondes? spondeo gemacht werden, und dieß iſt bey den prätoriſchen Stipulationen der Fall, wenn beide Parteien römiſche Bürger ſind.

Der Proceß kann durch eine Sponſion eingeleitet werden, welche der Prätor den Parteien auflegt. Der unter ihnen beſtrittene Anſpruch wird zum Gegenſtand der Stipulation gemacht, das Recht des Klägers (oder die Thatſachen von denen es abhängt) iſt die Bedingung des Verſprechens von Seiten

---

s*) (Dieſer Anſicht war Gai. IV. 60. R.)

a) L. 5 pr. D. de V. O. (45, 1).

b) Dig. XLVI. 5: de stipulationibus praetoriis.

des Beklagten[b*]), dieſer macht ſich zu etwas anheiſchig, unter der Bedingung, daß die Behauptung des Klägers richtig wäre[c]). Der Kläger klagt ſodann aus dieſer Sponſion mit der Condictio, er behauptet, der Beklagte ſey das Verſprochene ſchuldig, d. h. die Bedingung der Sponſion (ſein Recht) exiſtire, und ſo wird nun der Proceß geführt: der Form nach über die Verbindlichkeit des Beklagten aus der Sponſion, wie denn auch der Richter ſein Urtheil darauf faßt, ob der Beklagte das Verſprochene ſchuldig ſey oder nicht, der Materie nach über den Anſpruch, welcher der Sponſio zu Grunde liegt, und von deſſen Richtigkeit die Condemnation aus der Sponſion abhängt. Man ſieht, dieſe Einleitungsform, das sponsione contendere, ſchließt ſich ſehr nahe an die actio sacramento an (§. 161), und auch aus andern Gründen darf ihr ein bedeutendes Alter zugeſchrieben werden (Bd. I §. 80 S. 327 ff.). Dieſer Zweck der Sponſion, den Proceß einzuleiten, indem ſie ihm die Form einer Verhandlung über ihren Inhalt giebt, wird durch den Namen: sponsio praeiudicialis ausgedrückt. Hat ſie bloß dieſen Zweck, ſo hat der Beklagte die sponsionis summa, in die er condemnirt wird, nicht wirklich zu leiſten, ſie iſt eine reine Form, und hier ſtipulirt denn auch bloß der Kläger; aber ſie kann überdieß noch den Zweck haben, den Unterliegenden zu ſtrafen, hier muß der Kläger dieſelbe Summe verſprechen, der Beklagte hat gegen ihn eine restipulatio (§. 157), und ſie heißt in dieſem Fall sponsio poenalis.

---

*b**) (Plaut. Menaechm. IV. 2, 24 conditiones tetuli tortas confragosas — uti sponsio fieret. R.)

c) Z. B. si ex edicto P. Burrieni praetoris bona P. Quintii dies XXX possessa non sint (Cic. pro Quint. 27) — si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit (Cic. fam. VII. 21) — — tot nummos dare spondes? spondeo. Ueber die Faſſung der Sponſion mit *si*, und die Erwähnung derſelben mit *ni* vgl. Huſchke Studien I S. 12 f. Keller, semestrium ad M. Tullium Ciceronem (1843) lib. I. §. 1.

Ein Beiſpiel der reinen sponsio praeiudicialis giebt die in rem actio[d]). Dieſe kann angebracht werden 1) durch eine formula petitoria, mit der Intentio: rem (corporalem oder incorporalem) actoris esse), welche arbitraria iſt (§. 165. 166 Note s), und bey welcher der Beklagte die satisdatio iudicatum solvi zu leiſten hat (§. 157); 2) per sponsionem, indem der Kläger den Beklagten durch folgende Stipulation provocirt: si homo quo de agitur ex iure quiritium meus est, sestertios cxxv nummos dare spondes? Darauf wird die Formel mit der Intentio: si paret N. N. A. A. ss. cxxv nummos dare oportere gegeben, und von dem Beklagten wegen der Herausgabe der Sache und der Früchte die stipulatio pro praede litis et vindiciarum geleiſtet[d*]). Dieſe Form iſt ganz der legis actio sacramento nachgebildet (§. 161), von der ſich auch die Summe herſchreibt[e]). Der Proceß nimmt durch die auf die Forderung aus der Sponſion concipirte Formel die Form einer perſönlichen Klage an.

Eine sponsio poenalis iſt die bey certa pecunia credita, ferner bey pecunia constituta (§. 157); die letztere betrifft eine prätoriſche Klage, welche ſpäter als in factum actio gegeben, anfangs aber vielleicht in der Form eingeführt wurde, daß der Prätor den Conſtituenten zu einer Sponſion anhielt, in Folge deren ſodann die Condictio angeſtellt, die Formula in Jus gegeben werden konnte. Eine gleiche Bewandtniß hat es mit den Sponſionen bey den Interdicten (§. 169).

---

d) Gai. IV. 91—95.

*d**) (Valerius Probus P. P. L. V. = pro praede litis vindiciarum. Die Stipulation geht auf doppelten Erſatz der Früchte. Wetzell, Vindicationsproceß. S. 80. R.)

e) 125 Seſterze ſind gleich 500 Aſſes Volus. Maecian. assis distr. §. 47: nunc — sestertius quattuor asses valet. (Indeß nennt Gaius (IV. 95) dieſe 125 Seſterze nur als Summe des Sacramentum, als Gegenſtand der Sponſio giebt er nur 25 Seſterze oder 100 Aſſe an (IV. 93); da nun die Sponſio und das Sacramentum ſelbſt verſchieden ſind (IV. 13), ſo exiſtirt auch keine Nothwendigkeit, daß die Summe übereinſtimme. R.)

Man darf mit den bisher erwähnten die prätoriſchen Stipulationen nicht verwechſeln, welche jemanden einen Anſpruch geben ſollen, der ſeiner Zeit geltend gemacht werden ſoll, deren Abſicht aber nicht die Formgebung für einen Rechtsſtreit iſt, z. B. die cautio damni infecti, ratam rem haberi, iudicatum solvi. Eine von dieſen nähert ſich indeſſen ſichtbar jenen das Judicium vorbereitenden Sponſionen: die stipulatio ex operis novi nuntiatione. Der durch einen Neubau Benachtheiligte gebietet Einhalt zu thun, der Bauende kann ſich die Erlaubniß der Fortſetzung verſchaffen durch Caution der Reſtitution, wenn er bey dem Proceß über ſeine Befugniß ſo zu bauen Unrecht behalten würde, dieſer Proceß muß von dem Verbietenden ſofort erhoben, und ſein Recht zu verbieten erwieſen werden. Jene Caution war nun zugleich beſtimmt, dieſem Proceß ſeine Form zu geben. Der Verbietende trat aus der Stipulation mit der condictio incerti (actio ex stipulatu) auf Reſtitution auf[f]).

dd. Interdicta[a]).

CLXIX. Im prätoriſchen Edict kommt für die Klagen, welche die Prätoren eingeführt haben, ein doppelter Ausdruck

---

f) L. 1 D. de stipul. praet. (46, 5) theilt die prätoriſchen Stipulationen in iudiciales, cautionales, communes. Die erſten ſind die von denen hier gehandelt worden iſt, die Compilatoren haben alle Beiſpiele, als dem juſtinianiſchen Recht fremd, geſtrichen, und nur die ex o. n. nuntiatione gelaſſen, die im juſtinianiſchen Recht freilich nicht mehr jene Bedeutung hat, dagegen die cautio iudicatum solvi dazugeſetzt, welche in die folgende Claſſe gehört. Dieſe (cautionales) enthält die Stipulationen, die jemanden eine Klage verſchaffen ſollen, ohne Bezug auf ein anderes Judicium, das dadurch eingeleitet würde. Die dritte Claſſe (communes) bilden die stipulationes iudicio sisti, die zur Unterſtützung zwar eines andern Proceſſes, aber nicht als Einleitung dazu (wie die erſte Claſſe) dienen.

a) Gai. IV. 138—170. Huschke de causa siliana, Studien I. 1. Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 37.

vor. Der eine beſteht darin, daß nach vorangeſchickter Vorausſetzung geſagt wird: iudicium dabo (oder actionem dabo)[a*]), womit der Prätor eine formula in factum concepta oder auch ficticia geben zu wollen ankündigt; der andere, daß er einen unmittelbaren Befehl: restituas, exhibeas, veto erläßt. Dieſer Befehl nun wird von dem Prätor auf den einzelnen Fall angewendet, wenn eine Partey ihn gegen die andere, von der ſie behauptet, ſie habe gegen das Edict des Prätors gehandelt, geltend macht; er heißt in dieſer Anwendung, die in einer kurzen Schrift den Formulä analog geſchieht, decretum, wenn er in einem Gebot, interdictum, wenn er in einem Verbot beſteht. Der letzte Name iſt aber allgemein gebraucht worden, daher werden die Interdicta (nach den vorhin bemerkten drey Befehlen) eingetheilt in restitutoria, exhibitoria und prohibitoria.

Das Interdictum hat nicht die Abſicht einer ſofortigen Entſcheidung der Sache, vielmehr dient es nur zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens. Es hat daher die Bedeutung einer Klage, und wird denn auch unter dem Wort actio im weiteren Sinne mitbegriffen[b]), auch der Ausdruck formula wird darauf angewendet[c]). Die Sache kommt vor ein Gericht (iudex oder recuperatores), welches der Prätor beſtellt. Der Interdictenproceß gehört daher zum ordo iudiciorum privatorum[d]), nur enthält er eine eigenthümliche Einleitung und Geſtaltung des Judiciums.

---

*a**) (Valerius Probus I. D. I. I. = iudicium dabo iuris iudicio (in ius?) R.)

b) L. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7).

c) Gai. IV. 141. Daher iſt wohl auch der Ausdruck des Aggenus: interdicti formula (Goesii rei agrar. auctor. p. 68) als ein claſſiſch techniſcher zu nehmen.

d) L. 1 §. 2 D. si ventris nom. (25, 5): coget autem eum decedere non praetoria potestate — sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

Jene Conception des Interdicts durch den Prätor und die Beſtellung des Judiciums iſt allen Interdictenproceſſen gemein, im übrigen aber iſt ein verſchiedenes Verfahren möglich. Aber auch die Conception ſelbſt geſchieht auf doppelte Art, und dieſer Unterſchied hängt mit einer wichtigen Eigenſchaft gewiſſer Interdicte zuſammen. Bey den meiſten Interdicten wendet ſich der Prätor nur an eine Partey, den Beklagten, dem er etwas gebietet oder verbietet, dieſe heißen daher interdicta simplicia; dahin gehören alle restitutoria und exhibitoria, und viele prohibitoria. Bey einigen dagegen richtet er ſeine Worte an beide Parteien z. B. uti eum fundum de quo agitur possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto, ſie heißen darum duplicia, wie wenn zwey Interdicte neben einander, für jeden ein beſonderes, gegeben wäre. Die Folge davon iſt, daß jede Partey hier die Rolle von Kläger und Beklagten hat (§. 175).

Bey interdicta restitutoria und exhibitoria haben die Parteien die Wahl zwiſchen einem doppelten Verfahren. Das eine und ohne Zweifel das älteſte iſt das per sponsionem: der Kläger provocirt den Beklagten zu einer Sponſion, wodurch dieſer eine Strafe verſpricht unter der Bedingung, daß er contra edictum praetoris gehandelt hätte z. B. si fundum unde tu me vi deiecisti, contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos dare spondes[e]), auf dieſelbe Strafe hat der Beklagte eine restipulatio, deren Bedingung auf den entgegengeſetzten Fall gefaßt iſt. Auf dieſe Stipulationen wurde nun die Klage gegründet, jede Partey erhält eine Formel,

---

e) Vgl. Cic. pro Caec. 8. 19. 28. 29. 32. Gai. IV. 165. Die Faſſung erklärt ſich daraus, daß nicht eigentlich wer dejicirt, ſondern wer, wenn er dejicirt hat, nicht reſtituirt, contra edictum handelt, denn der Prätor verbietet bey dem interdictum de vi wörtlich nicht die Dejection, ſondern gebietet die Reſtitution.

worin auf die summa sponsionis oder restipulationis geklagt wird. Der darin beſtellte Richter unterſucht, ob die Vorausſetzung der Sponſion oder Reſtipulation exiſtirt, alſo ob contra edictum praetoris gehandelt worden iſt, oder nicht, und condemnirt demzufolge entweder den Beklagten in die Sponſions- oder den Kläger in die Reſtipulations-Summe, und abſolvirt eben ſo den andern Theil von dieſer oder von jener. Aber dieß iſt nur die Strafe, welche darauf berechnet war, von muthwilliger Proceßführung abzuhalten. Dem Kläger mußte, wenn er den Proceß gewann, auch die Reſtitution oder Exhibition werden, die den eigentlichen Gegenſtand ſeines Anſpruchs ausmachte. Dieſes war der Zweck einer zweiten Formel, welche der Kläger an ſeine sponsionis formula anfügen ließ, und durch die ein iudicium de re restituenda oder exhibenda conſtituirt wurde, vermöge deſſen, wenn nicht reſtituirt oder exhibirt wurde, der Richter den Beklagten in den Werth condemnirte. Neben dieſem Verfahren cum poena (cum periculo) ſteht aber den Parteien noch ein anderes offen sine poena. Jede Partey kann bey dem erſten Erſcheinen vor dem Magiſtrat einen arbiter erbitten, und dadurch jenes Verfahren cum poena ausſchließen; es wird dann ſofort eine formula arbitraria (§. 166) gegeben, worin der Richter angewieſen wird, den Beklagten, wenn er contra edictum nicht reſtituirt oder exhibirt, in den Werth zu condemniren. Haben die Parteien das Interdict erhalten, und den Magiſtrat verlaſſen, ohne daß eine von ihnen um einen Arbiter gebeten hat, ſo iſt die Sache ſchlechterdings auf dem Weg der Sponſionen zu erledigen. Aber da jede Partey das Strafverfahren ausſchließen konnte, es alſo nur mit dem übereinſtimmenden Willen beider ſtattfand, ſo iſt wohl anzunehmen, daß es bey dieſen Interdicten ſeit der Einführung der arbitraria formula für dieſelben höchſt ſelten gebraucht wurde.

Bey den interdicta prohibitoria giebt es nur Ein Verfahren, das durch Sponſionen. Man hat nach dem Grund ge-

fragt, warum die poena hier unvermeidlich war[f]). Hier muß man vor allem feſthalten, daß das Sponſionenverfahren urſprünglich bey allen Interdicten das einzige war, und daß erſt ſpäter eine formula arbitraria ſtatt der Sponſionen (alſo abgeſehen von dem mit dieſen verträglichen und auf ſie folgenden Arbitrium) zugelaſſen wurde. In der That ſtimmt nur jenes Strafverfahren mit dem eigenthümlichen Charakter des Interdictenproceſſes; daß der Prätor den Parteien zuerſt ein Interdictum giebt, hat eigentlich nur dann Sinn und Bedeutung, wenn es der Grund für eine unter ihnen vorzunehmende Sponſion und Reſtipulation wird. Wird mit einer Actionsformel angefangen, ſo iſt die conceptio interdicti eigentlich etwas ganz überflüſſiges, ein Anfang zu dem das Ende fehlt. Die Zulaſſung einer Actio ſtatt der Sponſion nach geſchehener Conception des Interdicts war daher etwas abnormes, welches zuzulaſſen man bey den reſtitutoriſchen und erhibitoriſchen Interdicten ſich veranlaßt ſah, da dieſe ihrem Gegenſtand nach actionenartig ſind, welches man aber nicht ohne eine ſolche Veranlaſſung weiter auszudehnen geneigt war. Die Einführung jener formula arbitraria war der erſte Schritt zur Aufhebung des Interdictenproceſſes[g]). Bey den prohibitoriſchen Interdicten wollte man die Parteien nicht von der Strafe befreien, die auf dem Verluſt des Sponſionenproceſſes ſtand. Eine actio hätte hier, wo die Verhinderung einer

---

f) Verſchiedene Meinungen haben darüber geäußert: Haubold in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. III S. 385 ff. Huſchke Studien I S. 8 ff. Heffter ad Gai. comm. IV p. LV. Zimmern röm. Civilproceß §. 71.

g) Es gab römiſche Juriſten, welche dem Abkommen des Strafverfahrens bey den reſtitutoriſchen und erhibitoriſchen Interdicten widerſtanden, indem ſie es wenigſtens bey dem unterliegenden Kläger für einen offenbaren Beweis der Calumnia betrachteten, wenn er auf Beſtellung eines Arbiter angetragen und dadurch die Strafe zu vermeiden geſucht hatte, aber die Praxis theilte dieſe Anſicht nicht Gai. IV. 163.

Handlung der Zweck der Klage war, auf eine Strafe (ſ. Note k), oder auf Verſprechen einer ſolchen bey wiederholtem Verſuch der Handlung gehen können, alſo im Grunde auf daſſelbe, wie die Sponſion, nur unter Bevorzugung des Klägers, der ungeſtraft dem Handelnden hätte durch ſeine Klage beſchwerlich fallen können, das fand man nicht gerecht.)

Eine beſondere Geſtalt hat noch das Verfahren bey den interdicta duplicia (interdictum uti possidetis, interdictum utrubi). Bey dem Rechtsſtreit nämlich um den Beſitz, wobey jede Partey Beſitzer zu ſeyn behauptet, iſt noch der Beſitzſtand während des Proceſſes zu entſcheiden. Dieſer interimiſtiſche Beſitz („fructus“ d. h. die factiſche Möglichkeit, die Sache während jener Zeit zu benutzen) wird dem zugeſprochen, der ſich für den Fall, daß er Unrecht behalten würde, zu der größten Strafe anheiſchig macht. Zu dieſem Zweck wird eine Licitation vorgenommen, fructus licitatio, jene Strafe heißt daher fructus licitationis summa. Verliert der höchſte Licitant, der alſo um dieſen Preis den interimiſtiſchen Beſitz erhalten hat, den Proceß, ſo muß er dieſe Summe dem Gegner zahlen, und ſchon jetzt dieſes ihm verſprechen durch die fructuaria stipulatio, aus welcher auf die Strafe geklagt wird[h]); iſt die Stipulation unterlaſſen, ſo kann die Strafe dennoch gefordert werden mit dem iudicium fructuarium (oder secutorium). Ueberdieß muß er die Sache mit den gezogenen Früchten herausgeben (denn die licitationis summa iſt eine reine Strafe), und darauf geht das iudicium cascellianum oder secutorium (unterſchieden von jenem secutorium auf die Licitationsſumme). Der Richter hat nun bloß zu unterſuchen, wer zur Zeit der Conception des Interdicts wirklich Beſitzer war (nec

---

h) Nach Heffter ſoll die fr. stip. auf die Reſtitution des Beſitzes gehen, das iſt entſchieden zu verwerfen, nach Zimmern auf die Reſtitution der Früchte ſelbſt, auch dieß ſtimmt mit der Ordnung in welcher Gaius dieſe Gegenſtände abhandelt, nicht überein.

vi nec clam nec precario ab adversario). Entſcheidet er für den höchſten Licitanten, ſo condemnirt er den Gegner in die Sponſions= und Reſtipulations=Summe, und abſolvirt eben ſo den Erſten von der einen wie der andern[h*]). Entſcheidet er gegen den höchſten Licitanten, ſo condemnirt er dieſen in die Reſtipulations= und Sponſions=Summe mit Abſolvirung des Gegners, ferner in die Licitationsſumme, endlich gebietet er ihm, den Beſitz mit den gezogenen Früchten herauszugeben, und condemnirt ihn in den Werth, wenn er es nicht thut.

Zuletzt drängt ſich noch die Frage auf, welche Abſicht der Einführung des Interdictenverfahrens zu Grunde liegt, und worin im allgemeinen ſeine praktiſche Bedeutung zu ſuchen iſt? Wir unterſcheiden im heutigen Proceß ein ordentliches und ein ſummariſches Verfahren, in welchem letzteren der gemeſſene Gang des erſteren dem Bedürfniß einer ſchleunigeren Rechtshülfe bey gewiſſen Rechtsſachen aufgeopfert wird. Man hat denſelben Unterſchied dem römiſchen Interdictenproceß und Actionenverfahren unterlegen, und jenem den Charakter eines ſummariſchen Proceſſes zuſchreiben wollen[i]). Sieht man nä=

---

*h**) (Da nämlich die Interdicte duplicia ſind, ſo ſtipulirt jede Partei von der andern: si adversus edictum illius praetoris possidenti (im Interdictum Utrubi: ducenti) mihi vis abs te facta est, tantum dare mihi spondes? (Gai. IV. 166. alter alterum sponsione provocat: si adversus edictum praetoris possidenti *sibi* (vgl. über dieſe Lesart: Rudorff, Zeitſchr. XI S. 354. 355) vis facta esset.) Eben ſo reſtipulirt jede Partei: si — possidenti (ducenti) tibi vis a me facta non est, tantam pecuniam dare mihi spondes? Es werden alſo in Allem vier Stipulationen (zwei Sponſionen und zwei Reſtipulationen) geſchloſſen. Doch pflegte man die Sache dadurch abzukürzen, daß Jeder ſeine Sponſion und Reſtipulation in eine Frage zuſammenzog z. B. si — possidenti mihi vis abs te facta est et possidenti tibi a me vis facta non est, quanti quaeque earum rerum est, tantum dare mihi spondes? Gai. IV. 166 „vel *stipulationibus iunctis duabus* una inter eos sponsio *unaque* restipulatio adversus eam fit." Huſchke, Zeitſchrift XIII. 334. R.)

i) So noch Thibaut Archiv für civ. Pr. X. 23. Dagegen Sa=

her zu, ſo entbehrt dieſe Vorſtellung alles Grundes. Die ſummariſche Behandlung könnte in dem Verfahren vor dem Prätor, oder vor dem Richter, oder in dem Uebergang von jenem zu dieſem gelegen haben. Das erſte war nicht der Fall, im Gegentheil wenn es zur Sponſion kam, wurde dieſes Verfahren nicht an dieſem Tag zu Ende gebracht, und die Parteien mußten ſich an einem folgenden einfinden, auch war es nicht, wie bey den Actionen, mit Einer Formel abgethan; über das zweite haben wir keine Nachricht, und eben ſo wenig darüber, ob eine kürzere Friſt zwiſchen ius und iudicium vorgeſchrieben war. Das Eigenthümliche des Interdictenproceſſes überhaupt (abgeſehen von den beſonderen Zuſätzen bey den interdicta duplicia) beſtand in dem von dem Prätor gegebenen Interdict und den von den Parteien demzufolge gemachten Sponſionen, darin liegt etwa eine Abſchreckung von dem Proceß, aber keine Beſchleunigung des Proceſſes ſelbſt. Die urſprüngliche Bedeutung der Interdicte war, jemanden eine Rechtshülfe zu gewähren, der außerdem keine hatte, nicht eine ſchleunigere dem, der ſonſt eine langſamere gehabt hätte. Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß die Interdicte zu einer Zeit entſtanden, wo der Prätor noch keine Actiones geben konnte (Bd. I §. 80 S. 328), nach der Lex Aebutia behielt man die einmal vorhandene Rechtsform bey, nur daß der Prätor neben den Interdicten, für welche dieß zu paſſen ſchien, actiones in factum gab (d. h. er ließ zu, daß man nach Edition des Interdicts um eine formula arbitraria bat, ſ. oben). Unſere Frage nach der praktiſchen Bedeutung des Interdictenproceſſes zu der Zeit, wo der Prätor auch Actiones geben konnte, fällt ſomit zuſammen mit der: warum iſt noch ſpäter das Actionenverfahren nicht bey

---

vigny Zeitſchr. VI. 3. Vgl. auch Zimmern röm. Civilpr. §. 71 a. E. Bethmann-Hollweg a. a. O. (Note a) hat ſich vorzugsweiſe mit dieſer Frage beſchäftigt.

den prohibitoriſchen Interdicten zugelaſſen worden[k])? und dieſe Frage iſt ſchon vorhin beantwortet worden. Der Grund dieſes Rechts, und die praktiſche Bedeutung des Interdictenverfahrens lag lediglich in den Sponſionen.

ee. Zuſätze zu den Formeln für den Beklagten.

CLXX. Der Inhalt der Formula, der oben dargelegt worden iſt, ſoweit er auf den Poſtulationen des Klägers beruht, kann durch die Vertheidigung des Beklagten vermehrt werden, deren Aufnahme in die Formel dieſer fordert, damit ſie der Richter berückſichtige[a]).

Beſteht die Vertheidigung des Beklagten bloß in einer Negation (Bd. I §. 29 S. 83), ſo erhält die Formel keinen Zuſatz. Die Anweiſung an den Richter, ſie zu berückſichtigen, liegt ſchon in der bedingten Faſſung der Formel: si paret — condemnato, si non paret absolvito. Daher läßt ſich auch umgekehrt der Begriff einer Negation im proceſſualiſchen Sinne ſo beſtimmen: es iſt die Vertheidigung des Beklagten, die ſchon in jener allgemeinen Bedingung der Condemnation liegt[b]). Nun kann es aber ſeyn, daß dem Beklagten eine Ver-

---

k) In einem Fall, gegen den, welcher den in possessionem missus in den Beſitz zu kommen hindert, gab der Prätor auch eine Actio auf eine Strafſumme, die dem Intereſſe des Miſſus bey der Miſſio gleichkommt Dig. XLIII. 4.

a) Gai. IV. 115—129. 133. Inst. IV. 13: de exceptionibus. 14: de replicationibus. Dig. XLIV. 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. Vgl. Savigny Syſtem V §. 225—229.

b) Die Klage iſt z. B.: si paret rem actoris esse, der Beklagte behauptet, der Kläger ſey nicht Eigenthümer, oder er habe aufgehört es zu ſeyn, da er, Beklagter, die Sache uſucapirt habe; si paret reum centum dare oportere, der Beklagte behauptet, er ſey nicht ſchuldig, oder er habe gezahlt; gegen die Klage quod A. A. a N. N. incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet, behauptet der Beklagte, es ſey keine Stipulation geſche-

theidigung zuſteht, die ihn gegen die Condemnation ſchützt, auch wenn das si paret bejaht werden müßte, wodurch alſo noch eine zweite Bedingung der Condemnation hinzugefügt wird. Hier erhält die Formel noch einen Zuſatz, wodurch der Richter angewieſen wird, nur dann zu condemniren, wenn nicht bloß die Intention des Klägers, das si paret, richtig, ſondern auch die Behauptung des Beklagten, vermöge deren er von dem Anſpruch befreit ſeyn will, unrichtig iſt: si non z. B. convenit ne ea pecunia peteretur [c]). Würde dieſes pactum de non petendo die Wirkung einer rechtlichen Vernichtung der Obligatio haben, wie z. B. die acceptilatio, ſo wäre der Zuſatz überflüſſig, die Berufung auf daſſelbe wäre eine Negation, ſie würde nicht eine zweite Bedingung der Condemnation bilden, da ihre Wahrheit die Intention ſelbſt als falſch erſcheinen ließe. Weil dem aber (in der Regel) nicht ſo iſt, die Intention alſo richtig bleibt, wenn auch jene Behauptung wahr iſt, ſo bedarf es, um ihr Wirkung zu geben, jenes Zuſatzes zur Formel, der neben die in der Intention enthaltene Bedingung noch jene zweite ſetzt. Von dem Standpunkt des Beklagten aus bildet der von ihm vorgeſchützte Umſtand eine Ausnahme von der Condemnation, und heißt daher exceptio; in der Formel ſelbſt wird ſie, da dieſe von dem Standpunkt des Klägers aus abgefaßt iſt, nicht bejahend, ſondern vernei-

---

hen (gar keine, oder eine nichtige), oder die Schuld ſey durch Acceptilatio oder Zahlung aufgehoben. Alle dieſe Behauptungen des Beklagten ſind Negationen, denn wenn ſie wahr ſind, ſo muß man ſagen res actoris non est, non paret reum centum dare oportere, nihil eum dare facere oportet, die Intentio iſt falſch, die Bedingung, die ſie dem Richter für die Condemnation ſetzt, iſt nicht vorhanden.

c) Ulpian. L. 2 pr. D. de except. (44, 1): Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae opponi actioni cuiusque rei (Ulpian wahrſcheinlich: interponi formulae) solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. L. 17 D. de evict. (21, 2): — intentione per exceptionem elisa.

nend, alſo als Bedingung ausgedrückt[d]), und ſo zwiſchen die Intention und die Condemnation eingeſchoben z. B. wenn der Beklagte behauptet, es ſey zwiſchen ihm und dem Kläger verabredet worden, daß er erſt nach einer noch nicht abgelaufenen Friſt ſolle zu zahlen haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit ne intra quinquennium peteretur, iudex N. N. A. A. decem condemnato s. n. p. a.[e]).

In Beziehung auf ihren Grund ſind die Exceptionen von doppelter Art. Entweder beruhen ſie auf einem unveränderlichen Grund, ſo daß ſie der Klage für immer entgegenſtehen und von dem Kläger nicht vermieden werden können, und es alſo gleichgültig iſt, wie und wann er die Klage gegen den Beklagten anſtellt; dieſe heißen exceptiones perpetuae, ſie machen die Klage für immer unwirkſam, heben ſie daher auf,

---

d) L. 22 pr. D. de except. (44, 1): exceptio est conditio —.

e) Statt si non kommt auch die ganz gleich bedeutende Faſſung vor: extra quam si z. B. quid ita factum sit uti de lege fieri licuit, Labeo im §. 16 der L. 1 D. de flumin. (43, 12) vgl. Cic. de invent. II. 20. Vgl. Savigny Syſtem V §. 226 Note a. (Da ferner in der Intentio oder Deſignatio ſchon eine Bedingung der Condemnatio enthalten iſt, ſo wird die Exceptio auch wohl durch ac oder quod, oder qua de re mit jener copulativ verbunden z. B. ac si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit, L. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 15 D. de O et A. (44, 7) oder quod iudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venum dedit L. 25 §. 1 D. de her. pet. (5, 3) oder qua de re operis novi nuntiationem duumvir — non remiserit: lex rubr. c. 19. — Von einer Faſſung der Exceptionen mit nisi oder aut nisi, die als etwas ganz Gewöhnliches angegeben zu werden pflegt, kommen nur in §. 4 I. de replicat. (4, 14) und L. 1 §. 16 de flum. (43, 12) zwei kritiſch und ſachlich gleich mißliche Beiſpiele vor. Vgl. Huſchke, Zeitſchr. XIII, 315. 321. R.) — Die Stelle unmittelbar hinter der Intentio, die im Text der Exceptio zugeſchrieben wird, ſtimmt wenigſtens mit dem Weſen derſelben am beſten überein. Eine andere Anſicht hat Savigny a. a. O. Note l, er ſetzt ſie hinter die Condemnatio.

und werden darum auch peremtoriae genannt. Oder ihre Zuſtändigkeit gegen den Kläger hängt von Umſtänden ab, die jetzt exiſtiren, aber in Zukunft wegfallen können, oder auch entſchieden nach einer gewiſſen Zeit wegfallen werden, ſo daß es in der Macht des Klägers ſteht, ſie zu vermeiden, wenn er die Zeit abwartet, nach deren Eintritt die Exceptio aufhört begründet zu ſeyn, oder ſonſt die Klage ſo anſtellt, daß er den Grund derſelben beſeitigt. Dieſe heißen temporales oder dilatoriae. Sie betreffen theils die Zeit der angeſtellten Klage, ſo die exceptio pacti ne intra certum tempus petatur (ſ. das vorhin gegebene Beiſpiel), exceptio litis residuae und dividuae (§. 167), theils die Perſon des Klagenden, ſo die exceptiones cognitoriae und procuratoriae (§. 156). Der Unterſchied zwiſchen peremtoriſchen und dilatoriſchen Exceptionen liegt nicht in der Wirkung, die ſie auf das Urtheil des Richters äußern. Auch die letzteren bewirken, daß der Beklagte, wenn ſie richtig befunden worden ſind, abſolvirt werden muß, mit allen den Folgen für den Kläger, die eine ſonſtige Abſolution hat[f]).

Die Conception der Exceptionen geſchieht entweder mit ſpecieller Bezeichnung der Thatſache, durch die der Beklagte von der Klage befreit zu ſeyn behauptet, z. B. des Vertrags, ſolche heißen exceptiones in factum, oder mit Berufung auf einen Rechtsſatz, dem die Klage zuwider iſt, ohne daß die Thatſache ſpeciell genannt wird, z. B. si in ea re nihil contra legem cinciam factum est, eine ſolche kann auch in factum concipirt werden: si non donationis causa mancipavit oder promisit se daturum[g]). Es giebt eine ſolche Einrede, die von

---

f) Daß es Einreden gab, dem Inhalt nach den exceptiones dilatoriae analog, bey denen dieſer Grundſatz nicht galt, wird §. 171 vorkommen. *g*) Frag. vat. 310. (— neque cinciae legis exceptio — neque in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum. Ein anderes Beiſpiel giebt die exceptio: si in ea re nihil contra legem papiam factum sit L. 7 D. de cond. inst. (28, 7). Der allgemeine Name dieſer Einreden iſt: quod (oder si quid) contra legem

ſehr weiter Anwendung iſt: die exceptio doli, welche ſo concipirt wird: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat[h]). Dieſe hat eine doppelte Richtung, entweder auf einen vergangenen Dolus des Klägers, deſſen er (oder ein Anderer, vorausgeſetzt daß deſſen Dolus ihm ſchadet) ſich bey dem Geſchäft, aus dem er klagt, ſchuldig gemacht hat (darauf bezieht ſich der erſte Theil der Faſſung, und inſoweit iſt die Exceptio in factum), oder auf einen gegenwärtigen Dolus, den er eben dadurch, daß er etwas ungerechter Weiſe fordert, alſo durch die Erhebung ſeines Anſpruchs ſelbſt begeht (darauf bezieht ſich der zweite Theil)[i]). Daher kann jede exceptio in factum als doli exceptio gefaßt werden[k]), und der Beklagte hat die Wahl, ob er ſich dieſer Exceptio bedienen oder das Factum, auf das er ſich bezieht, ſpeciell ausdrücken laſſen will[l]). — Ein anderer Unterſchied der Faſſung iſt, ob in der Exceptio die Perſon des Klägers genannt wird (ſ. das Beiſpiel der doli exceptio), oder ob die Perſon wegbleibt, z. B. si in ea re nihil metus causa factum est[m]); hier heißt die

senatusve consultum factum est (esse dicetur) Gai. IV. 121 L. 3 D. de exc. (44, 1). R.) *h*) Gai. IV. 119.

i) L. 2 §. 5 D. de doli exc. (44, 4): — nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat.

k) L. 2 §. 5 cit.: Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit — (folgen die Worte der Note i). So z. B. die exceptio pacti, dolo enim facere qui contra pactum petat, negari non potest L. 2 §. 4 eod. Daher gilt auch von dieſer bey den bonae fidei iudicia, was von der doli exceptio (ſ. unten): bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt L. 3 D. de rescind. vend. (18, 5).

l) L. 2 §. 4 D. de doli exc. (44, 4) L. 12 eod.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Nur wenn der Kläger eine Perſon iſt, der er Ehrerbietung ſchuldet (parens, patronus), kann der Beklagte die Faſſung auf den Dolus nicht fordern L. 4 §. 16 eod.

m) L. 2. §. 1 L. 4 §. 33 D. eod.

Exceptio in rem, und es iſt für ihre Wirkung gleichviel, von wem das Factum ausgegangen iſt, das ſie begründet. Regelmäßig ſind die Exceptionen nicht in rem, aber damit iſt nicht geſagt, daß das Factum nothwendig von dem Kläger geſchehen ſeyn müſſe, nur muß ein rechtliches Verhältniß zwiſchen ihm und dem, von dem es geſchehen iſt, beſtehen, vermöge deſſen er ſich die Exceptio aus deſſen Perſon gefallen laſſen muß [n]). Dagegen iſt es die ſeltene Ausnahme, wenn die Exceptio personae cohaerens iſt, d. h. nur einer gewiſſen Perſon (nicht ihren Succeſſoren) zuſteht, die allermeiſten Exceptionen ſind rei cohaerentes, in Beziehung auf den Beklagten in rem [o]).

Die Exceptio iſt ein Theil der Formel, welcher die Ver-

---

n) Im allgemeinen beſteht dieſes Rechtsverhältniß darin, daß er Succeſſor deſſelben iſt, bey der doli exceptio iſt es beſchränkt auf die successio ex lucrativa causa, der dolus auctoris ſchadet z. B. dem Beſchenkten, nicht dem Käufer L. 4 §. 27. 31 D. eod. Die exceptio in rem ſetzt gar kein ſolches Succeſſionsverhältniß voraus, ich habe die exceptio metus gegen die Vindication deſſen, der mit dem, welcher mir die Sache abgenöthigt hat, in gar keinem Verhältniß ſteht.

o) So z. B. die doli exceptio: L. 7 pr. §. 1 D. de except. (44, 1) L. 2 §. 2 D. de doli exc. (44, 4): ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. (Wegen dieſer Stelle war in der erſten Ausgabe angenommen worden: die unperſönliche Natur in Beziehung auf den Beklagten werde in der doli exceptio durch die Worte si *in ea re* nihil ausgedrückt. Dieß geſchieht aber vielmehr durch bloße Nichterwähnung des Beklagten. Die Worte in ea re dienen nur dazu, die Exception auf die gegenwärtige Klage oder die ihr unmittelbar zum Grunde liegende juriſtiſche Thatſache zu beſchränken. Iſt alſo z. B. der urſprüngliche Anſpruch durch Novation geändert, ſo kommt vermöge jener Worte nur der bei der stipulatio oder transscriptio a re in personam begangene Dolus in Betracht L. 1 §. 7 D. de dolo (4, 3). Aus dieſem Grunde unter andern war dem C. Canius (Cic. de off. III. 14) durch doli exceptio nicht zu helfen. Rudorff, Zeitſchr. für geſch. RW. XII S. 169. R.)

theidigung des Beklagten bezweckt, dieß iſt die proceſſualiſche Seite des Begriffs, von der bisher ausſchließlich die Rede war. Nicht jede Vertheidigung, haben wir geſehen, giebt Veranlaſſung zu einer Exceptio; welcher Art ſie ſeyn muß, um die Form der Exceptio zu erhalten, iſt gleich am Eingang dieſer Lehre beſtimmt worden. Sehen wir dagegen auf den Inhalt der Exceptio, ſo bildet dieſen ein Umſtand, den der Beklagte der Klage entgegenzuſetzen berechtigt iſt, ein Umſtand aber, der das Recht, welches der Kläger gegen den Beklagten geltend macht, nicht vernichtet, deſſen Bedeutung alſo nicht die iſt, das Recht als nie oder als jetzt wenigſtens nicht vorhanden darzuſtellen, ſondern dieſem Recht nur ſeine Wirkung (wenigſtens gegen den Beklagten), ſey es für immer (bey den peremtoriſchen Einreden) oder für jetzt (bey den dilatoriſchen) zu entziehen. Z. B. die Stipulation, aus der jemand die Forderung geltend macht, iſt mit einem Wahnſinnigen geſchloſſen, dieſer Umſtand giebt dem Beklagten keine Exceptio, denn er bewirkt, daß die Stipulation nichtig iſt. Hat dagegen der Gläubiger bey der Stipulation betrüglich gehandelt, ſo würde daſſelbe gelten, wenn das Recht vorſchriebe, daß eine Stipulation als Rechtsgeſchäft ohne Abweſenheit des Dolus ſich gar nicht denken laſſe, dem iſt aber nicht ſo; ſchützt daher der Betrug gegen die Wirkung der Stipulation, ſo geſchieht dieß nur durch Exceptio. Man kann dieß auch ſo ausdrücken: die Wirkung des Rechts des Klägers wird durch ein ihr entgegenſtehendes Recht des Beklagten gehemmt[p]). Bey dieſer materiellen Betrachtung der Exceptio entſteht nun die Frage: woher erhält ein Umſtand die Kraft, den Beklagten auf dieſe Weiſe zu ſchützen? Die Antwort iſt: alle Rechtsquellen, welche Rechte geben, haben auch das Recht der Exceptio gegeben[q]). Der markirteſte Fall

---

p) Savigny Syſtem V S. 152.

q) Gai. IV. 118: — quae omnes vel ex legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praeto-

iſt nach älterem Recht der, wo das prätoriſche Recht einen Beklagten aus Gründen des allgemeineren Rechts (der aequitas) gegen Anſprüche, die nach dem Jus civile beſtehen, in Schutz nimmt; dieſer Schutz konnte nur auf dem Weg einer Exceptio realiſirt werden, da der Prätor nicht feſtzuſetzen vermochte, ein nach Jus civile beſtehendes Recht beſtehe nicht, alſo die darauf gerichtete Intentio ſey von dem Richter als falſch zu betrachten. Aber der Prätor behandelte auch manche Vertheidigungen gegen Anſprüche, die lediglich auf ſeinen eigenen Feſtſetzungen beruhten, denen gegenüber er alſo nicht ſo beſchränkt war, als Exceptionen, und eben dieß geſchah bey Vertheidigungen, die aus Volksſchlüſſen, Senatusconſulten u. ſ. f. ihre Berechtigung ableiten, ſo daß alſo der Geſtaltung eines dem Anſpruch des Klägers entgegentretenden Umſtandes als Exceptio häufig ein innerer, von der äußeren Möglichkeit, ihm eine directe Wirkung zu geben, unabhängiger Grund unterliegt [r]).

Wir kehren zur proceſſualiſchen Seite der Sache zurück, zur Exceptio als Theil der Formel, und faſſen noch den Umfang ihrer Anwendbarkeit ins Auge. Aus der früheren Unterſuchung ergiebt ſich: eine Exceptio wird dann nothwendig für den Beklagten, wenn der Einwand, den er gegen die Klage

---

ris proditae sunt. (Dagegen der Form nach ſind alle Exceptionen prätoriſchen Urſprungs: Cic. de inv. II. 19. nam et *praetoriis* exceptionibus multae excluduntur actiones — Gai. IV. 108 alia causa fuit olim legis actionum — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Den Uebergang bildeten hier, wie bei den Actionen (Gai. IV. 1. Bd. I S. 328 II. §. 168) die Sponſionen (z. B. Plautus Rudens V. 3. 25 ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus), deren Einfluß in der bedingten Formulirung der Actionen und Exceptionen noch ſpäter erkennbar blieb. R.)

r) Savigny Syſtem §. 227. — Es wird davon noch an einem andern Ort, bey der Aufhebung der Obligationen, die Rede ſeyn.

macht, nicht ſchon der Intentio ſelbſt widerſpricht, alſo wenn beides, der Einwand und die Intentio, neben einander richtig ſeyn kann. Die Nothwendigkeit der Exceptio wird daher nach der Beſchaffenheit der Intentio häufiger oder ſeltner eintreten. Je beſtimmter und ſpecieller die Intentio iſt, deſto weniger Raum giebt ſie ſelbſt einer Vertheidigung des Beklagten, deſto öfter wird die Behauptung einer Befreiung von dem Anſpruch des Klägers außerhalb derſelben liegen, und daher, um ſich geltend zu machen, einen beſondern Zuſatz, eine förmliche Exceptio fordern.

Bey den bonae fidei iudicia geht die Intention auf das was der Beklagte ex fide bona ſchuldig iſt, jeder Einwand daher, welcher darauf hinausläuft, der Kläger habe contra bonam fidem gehandelt oder er handle jetzt ſo, er fordere dolose, iſt hier proceſſualiſch als eine Negation zu behandeln, es bedarf keiner beſonderen Exceptio; ſchon vermöge der allgemeinen Condemnationsbedingung, die in der Intentio liegt, darf der Richter den Beklagten nicht condemniren, ſoweit die erhobene Forderung nicht der bona fides gemäß iſt. Jeder Einwand alſo, der als doli exceptio gefaßt werden könnte, liegt hier ſchon in der Faſſung der Intentio: doli exceptio bonae fidei iudiciis inest[s]). Damit fiel eine beträchtliche Anzahl von Exceptionen bey den b. f. iudicia weg[t]). Aber es fehlt doch

---

s) L. 21 D. sol. matr. (24, 3) Fragm. vat. 94. L. 84 §. 5 D. de leg. 1 (30) vgl. Note k.

t) Wenn Exceptionen jener Art bey Obligationen, aus denen b. f. actiones entſpringen, erwähnt werden, ſo kann darunter der Stoff der Exceptio gemeint ſeyn, die Exceptio im materiellen Sinn, von der natürlich auch hier geſprochen werden kann (von einem Kauf, bey dem der Verkäufer betrüglich gehandelt hat, kann man eben ſo wenig als von einer Stipulation — ſ. oben — ſagen, es ſey gar kein Kauf, alſo iſt der Einwand des Betrugs eine Exceptio im materiellen Sinn, nur bildet dieſer Einwand nicht einen beſondern Theil der Formel, iſt keine exceptio im proceſſualiſchen Sinn, ſondern liegt in den Worten ex fide

iſt nach älterem Recht der, wo das prätoriſche Recht einen Beklagten aus Gründen des allgemeineren Rechts (der aequitas) gegen Anſprüche, die nach dem Jus civile beſtehen, in Schutz nimmt; dieſer Schutz konnte nur auf dem Weg einer Exceptio realiſirt werden, da der Prätor nicht feſtzuſetzen vermochte, ein nach Jus civile beſtehendes Recht beſtehe nicht, alſo die darauf gerichtete Intentio ſey von dem Richter als falſch zu betrachten. Aber der Prätor behandelte auch manche Vertheidigungen gegen Anſprüche, die lediglich auf ſeinen eigenen Feſtſetzungen beruhten, denen gegenüber er alſo nicht ſo beſchränkt war, als Exceptionen, und eben dieß geſchah bey Vertheidigungen, die aus Volksſchlüſſen, Senatusconſulten u. ſ. f. ihre Berechtigung ableiten, ſo daß alſo der Geſtaltung eines dem Anſpruch des Klägers entgegentretenden Umſtandes als Exceptio häufig ein innerer, von der äußeren Möglichkeit, ihm eine directe Wirkung zu geben, unabhängiger Grund unterliegt [r]).

Wir kehren zur proceſſualiſchen Seite der Sache zurück, zur Exceptio als Theil der Formel, und faſſen noch den Umfang ihrer Anwendbarkeit ins Auge. Aus der früheren Unterſuchung ergiebt ſich: eine Exceptio wird dann nothwendig für den Beklagten, wenn der Einwand, den er gegen die Klage

---

ris proditae sunt. (Dagegen der Form nach ſind alle Exceptionen prätoriſchen Urſprungs: Cic. de inv. II. 19. nam et *praetoriis* exceptionibus multae excluduntur actiones — Gai. IV. 108 alia causa fuit olim legis actionum — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Den Uebergang bildeten hier, wie bei den Actionen (Gai. IV. 1. Bd. I S. 328 II. §. 168) die Sponſionen (z. B. Plautus Rudens V. 3. 25 ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus), deren Einfluß in der bedingten Formulirung der Actionen und Exceptionen noch ſpäter erkennbar blieb. R.)

r) Savigny Syſtem §. 227. — Es wird davon noch an einem andern Ort, bey der Aufhebung der Obligationen, die Rede ſeyn.

macht, nicht ſchon der Intentio ſelbſt widerſpricht, alſo wenn beides, der Einwand und die Intentio, neben einander richtig ſeyn kann. Die Nothwendigkeit der Exceptio wird daher nach der Beſchaffenheit der Intentio häufiger oder ſeltner eintreten. Je beſtimmter und ſpecieller die Intentio iſt, deſto weniger Raum giebt ſie ſelbſt einer Vertheidigung des Beklagten, deſto öfter wird die Behauptung einer Befreiung von dem Anſpruch des Klägers außerhalb derſelben liegen, und daher, um ſich geltend zu machen, einen beſondern Zuſatz, eine förmliche Exceptio fordern.

Bey den bonae fidei iudicia geht die Intention auf das was der Beklagte ex fide bona ſchuldig iſt, jeder Einwand daher, welcher darauf hinausläuft, der Kläger habe contra bonam fidem gehandelt oder er handle jetzt ſo, er fordere dolose, iſt hier proceſſualiſch als eine Negation zu behandeln, es bedarf keiner beſonderen Exceptio; ſchon vermöge der allgemeinen Condemnationsbedingung, die in der Intentio liegt, darf der Richter den Beklagten nicht condemniren, ſoweit die erhobene Forderung nicht der bona fides gemäß iſt. Jeder Einwand alſo, der als doli exceptio gefaßt werden könnte, liegt hier ſchon in der Faſſung der Intentio: doli exceptio bonae fidei iudiciis inest[s]). Damit fiel eine beträchtliche Anzahl von Exceptionen bey den b. f. iudicia weg[t]). Aber es fehlt doch

s) L. 21 D. sol. matr. (24, 3) Fragm. vat. 94. L. 84 §. 5 D. de leg. 1 (30) vgl. Note k.

t) Wenn Exceptionen jener Art bey Obligationen, aus denen b. f. actiones entſpringen, erwähnt werden, ſo kann darunter der Stoff der Exceptio gemeint ſeyn, die Exceptio im materiellen Sinn, von der natürlich auch hier geſprochen werden kann (von einem Kauf, bey dem der Verkäufer betrüglich gehandelt hat, kann man eben ſo wenig als von einer Stipulation — ſ. oben — ſagen, es ſey gar kein Kauf, alſo iſt der Einwand des Betrugs eine Exceptio im materiellen Sinn, nur bildet dieſer Einwand nicht einen beſondern Theil der Formel, iſt keine exceptio im proceſſualiſchen Sinn, ſondern liegt in den Worten ex fide

nicht an ſolchen, die auch hier in die Formel geſetzt werden mußten, wenn der Beklagte vor dem Richter ſich darauf berufen wollte. Dieß ſind alle die, von denen man nicht ſagen kann, daß ſie auf aequitas (Note l) und bona fides beruhen, wie die exceptiones procuratoriae und cognitoriae, rei iudicatae, S. C. velleiani (wenn ſich die Frau z. B. durch Mandat verbürgt hat), überhaupt wo einem Schuldner Befreiung ope exceptionis durch eine poſitive Vorſchrift gegeben iſt, die ſich keineswegs aus der Natur des Schuldverhältniſſes und der dabey in Anſpruch genommenen gegenſeitigen Billigkeit und Redlichkeit ableitet.

Die arbitrariae formulae enthalten zwey Bedingungen der Condemnation 1) die Intentio z. B. si paret rem actoris esse, 2) das Arbitrium z. B. *neque* arbitratu iudicis restituetur. Nach der erſten ſoll der Richter condemniren, wenn die Sache z. B. Eigenthum des Klägers iſt, die Faſſung der Intentio ſchützt den Beklagten, wenn er behauptet, der Kläger ſey nicht oder jetzt nicht mehr Eigenthümer (natürlich die Wahrheit dieſer Behauptung vorausgeſetzt), nicht

---

bona). Nun kommt es aber vor, daß in einem ſolchen Zuſammenhang ſogar die proceſſualiſche Faſſung erwähnt wird, wodurch jene Erklärung wegfällt, z. B. L. 25 D. de act. emti (19, 1): qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur*, *quae venit neque tradita est* (die ſ. g. exc. non adimpleti contractus der Neueren). Aber hier iſt es nicht die actio venditi (wie Zimmern §. 93 glaubt), gegen die dieſe Exceptio gegeben wird (man braucht ſich nur die Formel dieſer Klage mit ihrer Demonſtratio und Intentio zu denken, um ſich davon zu überzeugen), ſondern die Klage aus der über den Kaufpreis üblicher Weiſe noch beſonders abgeſchloſſenen Stipulation, alſo die condictio certi. Eben ſo giebt Gaius (IV. 126) als Beiſpiel derſelben Exceptio den Fall, wo auf den Kaufpreis der Argentarius klagte, dem er (für den eigentlichen Verkäufer) verſprochen worden iſt, die Klage iſt die Condictio aus dem Literalcontract.

aber wenn er bloß einen Umſtand anführen kann, der dieſes Eigenthum ihm gegenüber unwirkſam macht, z. B. daß der Kläger ihm den Sclaven verkauft und tradirt habe (exceptio rei venditae et traditae, ſ. unten §. 236 bey Note u), ein ſolcher Einwand muß daher (wenn wir noch bloß auf die Intentio ſehen) als Exceptio in die Formel geſetzt werden. Nach der zweiten Bedingung aber ſoll der Richter überdieß nur dann condemniren, wenn der Beklagte nicht ſeinem Arbitrium gemäß reſtituirt (oder exhibirt), kann der Beklagte eine Befreiung von dieſer Reſtitutionspflicht anführen, die der Richter für gerecht halten muß, z. B. die Sache iſt ohne ſeine Schuld untergegangen, oder er hat vermöge eines Pachtcontracts mit dem Kläger, oder als Pfandgläubiger das Recht zu beſitzen, ſo bedarf es für dieſe Vertheidigung keines beſonderen Zuſatzes zur Formel, ſie liegt ſchon in dem arbitratu iudicis. Von den Einreden gegen die Intention gilt dieß nicht, daher die arbitrariae actiones nicht vollſtändig in dieſer Hinſicht den bonae fidei actiones gleichſtehen, und ſo werden denn ſolche Exceptionen in der That bey jenen Klagen, und zwar ſo erwähnt, daß die proceſſualiſche Exceptio (Theil der Formel) gemeint iſt [u]).

Bey den in factum actiones hängt es von der Faſſung der Deſignatio, die hier als Intentio gilt, ab, in welchem Umfang Exceptionen in der Formel nöthig werden. Die Behauptung, daß jene Klagen in dieſer Hinſicht wie bonae fidei actio-

---

u) Bey der exceptio rei venditae et traditae könnte man denken, es werde dabey die Klage per sponsionem (die nicht arbitraria war) vorausgeſetzt (§. 168), obwohl dieß nach den Stellen, worin ſie erwähnt wird, nicht wahrſcheinlich iſt. Aber das im Text Vorgetragene wird außer Zweifel geſetzt durch die exceptio dominii, die gegen die Publiciana gegeben wird. L. 17 D. de public. act. (6, 2): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio *si ea res possessoris non sit* —.

nes behandelt würden[v]), iſt ſo viel ich einſehe, nicht zu begründen.

Allerdings aber kann, auch ohne daß die Formel auf bona fides geſtellt iſt, der Zuſatz einer Exceptio unnöthig werden. Dieß iſt der Fall, wenn die Forderung einen rein natürlichen Grund z. B. die Bereicherung hat, überhaupt wenn ſie auf der Billigkeit beruht, die den Prätor vermocht hat, eine Klage daraus zu geben; hier wird durch jeden Umſtand, der ſie als unbillig erſcheinen läßt, die Intention ſelbſt zerſtört, in der jenes Fundament ſtillſchweigend gedacht wird, ohne daß es einer beſonderen Exceptio bedarf[w]).

Man iſt aber ſpäterhin in der Begünſtigung der Exceptionen ſehr weit gegangen, zwar nicht durch Ausdehnung der Möglichkeit, ſie ohne Aufnahme in die Formel vor dem Judex vorzubringen, in dieſer Beziehung blieb es bey den vorgetragenen Grundſätzen, aber durch die allgemeine Zuſage der in integrum restitutio, wenn eine peremtoriſche Exceptio in die Formel ſetzen zu laſſen, von dem Beklagten verſäumt worden iſt, bey dilatoriſchen wurde dieſes Nachholen nur unter den ſonſtigen Vorausſetzungen der Reſtitution zugelaſſen[x]).

---

v) Savigny Syſtem V §. 225 Note 1 und ſonſt. Vgl. oben §. 165 bey Note aaa.

w) Dieß iſt der Sinn von L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fideiussor quem pupillus dedit (der Pupill haftet in quantum locupletior est), ex istis causis liberari dicitur.

x) Gai. IV. 125. Für die peremtoriſchen nämlich erklärte das edictum perpetuum die Statthaftigkeit der Reſtitution allgemein (ohne causae cognitio (L. 2 C. sent. resc. non p. (7, 50)). — Nicht hieher gehört der Vorzug gewiſſer Einreden, namentlich der exceptio S. C. macedoniani und velleiani, daß ſie, wenn ſie verſäumt ſind und der Beklagte condemnirt worden iſt, noch gegen die actio iudicati vorgeſchützt werden können L. 11 D. de S. C. maced. (14, 6.). Denn die=

Die Exceptio iſt ein Angriff auf die Klage, der eine Vertheidigung des Klägers hervorruft. Dieſe kann eine Negation des von dem Excipienten behaupteten Umſtands (z. B. des pactum, des dolus) ſeyn, hier bedarf es keines weiteren Zuſatzes in der Formel; ein ſolcher wird aber nöthig, wenn er ſich durch eine weitere Thatſache vertheidigt, welche der Exceptio ihre Wirkung entzieht, auch wenn der Umſtand, welcher ihr zu Grunde liegt, ſeine Richtigkeit hätte, z. B. gegen die exceptio pacti de non petendo wird angeführt, daß ſpäter ein pactum de petendo abgeſchloſſen worden ſey[y]). Dieſe Gegeneinrede heißt replicatio, ſie wird als eine Bedingung der Condemnation gefaßt, welche die in der exceptio liegende Bedingung auflöſt, wie daher die Exceptio negativ, ſo wird die Replik poſitiv concipirt und der in der Exceptio enthaltenen Bedingung alternativ beigefügt, z. B. si inter A. A. et N. N. non convenit ne ea pecunia peteretur (Exceptio), *aut si* postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret (Replik)[z]). Die Replicatio iſt der Exceptio ganz analog und wird darum auch ſelbſt exceptio genannt[aa]), ſie iſt eine exceptio exceptionis[bb]), und

---

ſes Privilegium beſteht darin, daß ſie gegen eine Klage zugelaſſen werden, gegen die ſie an ſich nicht ſtattfinden würden (da die erſte an ſich nur gegen die Darlehnsklage, die zweite gegen die aus der Interceſſion gegeben iſt).

y) L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14): Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est (bey der Novation), quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

z) Gai. IV. 126. L. 154 D. de R. I. (50, 17) u. a. Vgl. Keller über Litis Conteſtation S. 339 f. Savigny Syſtem V S. 191. (Huſchke, Zeitſchr. XIII S. 318—320. R.)

aa) L. 2 §. 1 D. de except. (44, 1).

bb) L. 22 eod. (Daraus erklärt ſich auch die hin und wieder vorkommende negative Formulirung der Replicatio z. B. Gai. IV. 126 si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret, L. 24 D. de

darin liegt zugleich, daß ſie ſtets eine exceptio des Beklagten vorausſetzt, gegen eine bloße Negation iſt ſie nicht denkbar[bb*]).

Der Gebrauch der Replicationen hängt zugleich von der Faſſung der Exceptionen ab, die Replicatio (als Theil der Formel) wird meiſt unnöthig, wenn die Exceptio nicht in factum iſt. So liegt in der Faſſung der generellen doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat, ſchon von ſelbſt die Anweiſung, jede Vertheidigung des Klägers zu berückſichtigen, welche den Erfolg hat, zu zeigen, daß er nicht dolo fordere z. B. daß das Pactum, welches zur exceptio doli Veranlaſſung gegeben hat, durch ein zweites Pactum unwirkſam gemacht ſey. Es gilt hier von den Replicationen gegenüber der doli exceptio daſſelbe, was von der exceptio doli gegenüber den bonae fidei actiones[cc]).

Gegen die Replicatio iſt auf dieſelbe Weiſe eine Duplica-

---

exc. rei iud. (44, 2) adversus exceptionem, si non eius sit res, replicatione hac adiuvabitur: at si res iudicata non sit. R.)

*bb**) (L. 10 C. de exc. (8, 36) non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, *si quam habeant,* muniant. Wenn der Verpfänder der hypothecaria gegenüber das in bonis zur Zeit der Verpfändung läugnet, ſo wird nicht durch eine Replicatio Doli geholfen, ſondern eine modificirte Klage (eamque rem *postea* in bonis debitoris esse coepisse) gegeben. L. 5. C. si al. res (8, 16) Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XIII S. 234. R.)

cc) So auch bey andern Exceptionen, die nicht in factum ſind. Wenn der Kläger aus einer Schenkung zu den von der Lex Cincia ausgenommenen Perſonen gehört, ſo bedarf er gegen die exceptio legis cinciae keiner beſondern Replicatio, denn der Richter unterſucht vermöge der Exceptio, ob die Schenkung contra legem cinciam ſey, und das iſt dort nicht der Fall. Anders wenn der Beklagte ſie in factum hat faſſen laſſen (Note g); der Richter unterſucht hier nur, ob eine donatio zu Grunde liege, er würde den Beklagten abſolviren müſſen, wenn der Kläger nicht die Replicatio hinzufügen ließe: aut si ex iis personis sit, quae lege cincia excipiuntur.

tio für den Beklagten, gegen dieſe wieder eine Triplicatio für den Kläger möglich u. ſ. f.[dd]).

CLXXI. In älterer Zeit erhielten manche Einreden eine beſondere Form, ſie wurden nicht der Formel in der oben beſchriebenen Weiſe eingefügt, ſondern vorausgeſchrieben, und hießen daher praescriptiones (pro reo im Gegenſatz gegen die pro actore §. 164) z. B. ea res agatur si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Dieſe Form war dann ganz entſprechend, wenn die Einrede darauf berechnet war, den Proceß ſelbſt als unſtatthaft darzuſtellen; der Ort, den ſie hier einnahm, enthielt für den Richter die Anweiſung, vor allem über die Begründung der Einrede zu urtheilen, und nur wenn er ſie nicht gegründet fand, die übrige Formel als gegeben zu betrachten. War ſie gegründet, ſo wurde nicht etwa der Beklagte abſolvirt, ſondern es wurde überhaupt keine Sentenz geſprochen; es wird dadurch die Deductio der Sache in iudicium verhindert, und darin beſteht der wichtige Unterſchied dieſer Präſcriptionen von den Exceptionen, auch den dilatoriſchen (§. 170 Note f).

Zu dieſen Einreden gehören vor allem die, welche unter den Begriff der praeiudicia fallen. So heißt nämlich die Ablehnung der gegenwärtigen Verhandlung der von dem Gegner

---

dd) Gai. IV. 129: quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit. L. 2 §. 3 D. de except. (44, 1). — Was im Text duplicatio genannt worden iſt, haben manche römiſche Juriſten triplicatio genannt L. 7 §. 1 D. de cur. furios. (27, 10) L. 2 §. 3 D. de except. (44, 1) vgl. Savigny Syſtem V S. 193, ohne Zweifel, weil ſie die dritte *adiectio* iſt (exceptio die erſte, replicatio die zweite), nach dem obigen Sprachgebrauch heißt triplicatio der dritte Satz des Klägers, wie duplicatio der zweite des Beklagten. (Ohne Zweifel wurde die duplicatio mit ac und in negativer Form, die triplicatio mit aut in poſitiver der replicatio angeſchloſſen. R.)

angebrachten Klage aus dem Grund, weil ein anderer Proceß, auf den der beabſichtigte ſonſt einen nachtheiligen und ungehörigen Einfluß üben würde, zuvor zur Verhandlung gebracht und entſchieden werden müſſe[a]). Dieß ſetzt voraus, daß in beiden Proceſſen dieſelbe Thatſache zur Entſcheidung kommt[a*]), und daß der andere die causa maior iſt[b]). Dieſe Eigenſchaft der causa maior kann er haben 1) durch die höhere Stellung des Gerichts, welches ihn zu entſcheiden hat[b*]); 2) durch die größere Importanz ſeines Gegenſtandes, ſey es daß er einen höheren Vermögenswerth hat, oder ſonſt von höherem Belang iſt[c]); ſodann aber auch 3) durch die Art,

---

a) (Das bedeutende Gewicht, welches man auf Präjudicien legte (Quintil. V. 2. Cic. Div. Verr. c. 4. Pseudo Ascon. ad h. l. §. 12 p. 104 Orelli) ſteht mit der Bd. I. S. 425 erwähnten Einrichtung des römiſchen Gerichtsweſens im Zuſammenhange. Aus ihm erklärt ſich die Aeußerung des P. Syrus 248. 249 Grave iudicium est, quod praeiudicium non habet. Grave praeiudicium est, quod iudicium non habet. R.)

*a**) L. 21 D. de except. (44, 1).

b) L. 54 D. de iudic. (5, 1). (Wenn die causa maior ſchon anhängig iſt, ſo fällt die Präſcriptio quod praeiudicium non *fiat* weg: futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt L. 13 D. de exc. (44, 1). R.)

*b**) (So iſt die Centumviralſache causa maior gegenüber den Klagen vor Privatrichtern — L. 12 pr. C. de pet. hered. (3, 31) *magnitudo* et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi —, das Volksgericht iſt das höhere im Verhältniß zu Recuperatoren — Cic. de inv. II. 20 non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri; in Verr. II. 3. 65. L. 7. §. 1 D. de iniur. (47, 10) —, die Cognition des Princeps iſt das maius iudicium gegenüber dem des Senats — Plin. ep. VII. 6 postulavitque, ne cognitioni Caesaris praeiudicium fieret — Consules, ut Polyaenus postulaverat, omnia integra principi servaverunt. R.)

c) So iſt die Sache, bey der es ſich um das öffentliche Intereſſe (Staatsgut, Criminalſtrafe ꝛc.) handelt, die res maior gegenüber dem bloßen Privatintereſſe L. 35 D. de iure fisci (49, 14) L. 4 D. de publ.

wie die Frage in beiden Proceſſen vorkommt, der, in welchem ſie nur als Incidentpunkt vorkommt, iſt die causa minor, welcher daher das Präjudicium entgegenſteht[d]). Die Präſcriptio hat hier die Bedeutung einer Anweiſung an den Richter, die Formel nicht eher als gegeben zu betrachten, als bis das darin angezeigte Hinderniß gehoben iſt, deſſen jetzige Exiſtenz der Prätor durch die Verleihung der Präſcriptio anerkannt hat.

Ein anderer Fall der praescriptio war der Einwand der Incompetenz des Gerichts, welcher daher praescriptio fori heißt[e]), ein dritter der Einwand daß die Klage verjährt ſey,

---

iud. (48, 1); wo es ſich um eine Strafe handelt, hängt es zuweilen von dem Beklagten ab, ob er von dem Präjudicium Gebrauch machen will, regelmäßig aber liegt es im officium ius dicentis, zu verhüten, daß dem Criminalverfahren nicht präjudicirt werde. — Ferner kann auch hieher angewendet werden L. 104 D. de R. I. (50, 17): si in duabus actionibus alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis. Ubi autem aequiparant famosa iudicia, et si summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt.

d) So die von dem angeblichen Eigenthümer des Grundſtücks angeſtellte condictio auf die von dem Beſitzer gezogenen Früchte, oder die Klage wegen einer Servitut gegenüber dem Proceß über das Eigenthum des Grundſtücks L. 16. 18 D. de except. (44, 1), ferner die Klage auf Theilung der angeblich gemeinſchaftlichen Sache oder Erbſchaft gegenüber dem Proceß über das Eigenthum oder Erbrecht L. 18 cit. L. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2). Aus demſelben Grund iſt der Rechtsſtreit über die Freiheit, die Ingenuität, die Kindſchaft die res maior gegenüber dem über die Erbſchaft oder andern, auf welche jener Status Einfluß hat Cod. VII. 19: de ordine cognitionum. L. 2 C. de ordine iudic. (3, 8), ferner der Erbſchaftsſtreit gegenüber den Klagen, die gegen den Erben als ſolchen angeſtellt werden L. 12 pr. C. de H. P. (3, 31). (Planck, die Mehrheit der Rechtsſtreitigkeiten (1844) §. 22. 54 verſucht wenigſtens für das ältere Recht dieſes dritte Princip auf das zweite zurückzuführen, allein das Miteigenthum iſt gewiß kein erheblicheres Object, als die Theilung, dennoch ſteht der Theilungsklage die exceptio: quod praeiudicium fundo partive non fiat, entgegen. R.)

e) L. 7 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8) L. 50 in f. L. 52 §. 3 D. de iudic. (5, 1).

praescriptio temporis. Auch bey der exceptio rei iudicatae ſcheint daſſelbe anzudeuten der Name praescriptio, der für ſie vorkommt[f]), in Verbindung mit dem Umſtand, daß es ſich auch hier um eine Frage handelte, deren Bejahung die weitere Verhandlung ausſchloß, und in der That ſchon die Anhängigmachung des neuen Proceſſes unſtatthaft machte[f*]). Denn das iſt eben die Bedeutung der Präſcriptio, daß dadurch die Wirkung der ganzen übrigen Formel von dem Einwand abhängig gemacht wird.

Die praescriptio wird ſchon von Gaius (IV. 133) als ein antiquirtes Inſtitut erwähnt, er bemerkt, daß dieſe Einreden nunmehr als exceptiones behandelt würden: ja dieſe Behandlung findet ſich ſchon bei Cicero[f**]). Man hat dieß

---

f) Z. B. L. 11 D. de except. (44, 1) L. 29 D. de exc. rei iud. (44, 2). (Auf die praescriptio rei iudicatae bezieht ſich auch Cic. de fin. V. 26: Quae cum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus praescribi solet, de eadem re fecit (l. egit) alio modo, welche letzten Worte ausdrücken, was Zeno gethan hat, nicht, wie die Herausgeber anzunehmen pflegen, eine Formel enthalten: ferner ep. ad Ser. Sulpicium XIII. 27: sed tamen non parcam operae et ut vos soletis in formulis sic ego in epistolis de eadem re alio modo. (Vgl. L. 7 §. 4 D. de exc. rei iud. (44, 2) §. 175 ee: — exceptio rei iudicatae obstat, quotiens — eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii.) — Als exceptio gefaßt lautete die Einrede ganz anders; die Worte quod non sit petitum L. 20 D. de exc. rei iud. (44, 2) oder at si ea res iudicata non sit inter me et eum L. 9 §. 2 eodem oder quod res iudicata sit inter me et te L. 11 §. 3 eodem enthalten jedoch nicht die Exceptio ſelbſt, ſondern nur die Behauptung, welche ihr als Grundlage dient. Vgl. Savigny, Syſtem §. 226 Note a; Huſchke, Zeitſchr. XIII S. 318. 320. R.)

*f**) (Daſſelbe gilt von der Einrede des Vergleichs. Sie kommt als exceptio gegen die Klage aus dem Vadimonium vor: L. 2 pr. D. si quis caut. (2, 11) L. 2 D. de transact. (2, 15): aber auch als praescriptio L. 9 pr. eodem. R.)

*f***) (Cic. de inv. II. 20 postulat is, quicum agitur, a praetore *exceptionem:* extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat. Hic

für eine bloß äußerliche Veränderung, die auf ihre rechtliche Natur keinen Einfluß gehabt hätte, gehalten[g]), ſo daß die älteren Prätoren willkührlich gewiſſe Exceptionen vorangeſchrieben, die ſpäteren es für bequemer oder für eine beſſere Styliſirung der Formel gehalten hätten, wenn alle Einreden beiſammen ſtünden, ohne daß die eine oder die andere Methode den Einreden einen andern Charakter gegeben hätte. Ich halte dieß für eine von vornherein unwahrſcheinliche Anſicht der Sache. In der That war jenes eine Veränderung von materieller Wichtigkeit. Sie beſtand darin, daß nun die Präſcriptionen mit der Form auch die Wirkung der Exceptiones erhalten hatten. Steht daher der Kläger, dem eine ſolche Einrede entgegengeſetzt wird, nicht ab, und läßt die Formel concipiren, ſo wird die Sache in iudicium deducirt, und der Beklagte, wenn die Einrede richtig befunden wird, abſolvirt[h]). Dieß war denn auch ohne Zweifel der proceßpolitiſche Grund, aus welchem die Präſcriptionen, bey denen der Kläger durch ſeine Hartnäckigkeit nichts wagte, abgeſchafft wurden. Dagegen wurden die Präjudicien, bey denen dieſe Verſchiedenheit der Wirkung zwiſchen Präſcriptionen und Exceptionen vornehmlich zur Sprache kam, auf den Fall beſchränkt, wenn das Judicium, auf welches verwieſen wurde, noch nicht anhängig gemacht war, bloß darum daß es noch nicht entſchieden iſt, kann die Einrede der minor causa nicht entgegengeſtellt werden[i]). Der Name praescriptiones iſt übrigens für ſolche

---

is, qui agit, iudicium purum postulat: ille, quicum agitur, *exceptionem* addi, ait, oportere. Quaestio est *excipiendum* sit an non? Folgen die Worte Note b*). R.)

g) Savigny Syſtem V S. 164 f. 176 f.

h) Dieß ſagt auch L. 5 C. de pignor. (8, 14).

i) L. 13 D. de except. (44, 1). Nur iſt in dieſem Fall ohne eigentliche Präſcriptio doch eine ihr analoge Wirkung, nämlich die Anweiſung an den Richter mit der Verhandlung bis zur Entſcheidung der

Einreden, die es früher waren, noch immer in theilweiſem Gebrauch geblieben, und überhaupt für die Einreden angewendet worden, welche eine Entſcheidung auf die angebrachte Klage, ohne auf die Begründung dieſer einzugehen, veranlaſſen können.

c. Litis Conteſtatio.

CLXXII. Das Verfahren in iure hat durchaus nur den Charakter einer Vorbereitung für die eigentlichen materiell weſentlichen Momente des Rechtsſtreits: Unterſuchung und Urtheil. Der Rechtsſtreit, lis, wird ſo wenig durch jenes Verfahren ganz oder auch nur theilweiſe erledigt, daß es vielmehr nur beſtimmt iſt, ihn zu förmlicher Exiſtenz zu bringen, und dem bisher factiſch beſtehenden Streit die rechtliche Form zu geben.

Das Reſultat der Thätigkeit des Magiſtrats wird daher mit den Worten bezeichnet: lis ordinata, iudicium ordinatum [a]); in dem Formularproceß heißt es von dem Magiſtrat: dat iudicium, von den Parteien: accipiunt iudicium, und jene Bedeutung des Abſchluſſes der Verhandlungen in iure drückt ſich in den Worten aus: lis inchoata est [b]), von der Rechtsſache wird geſagt: res in iudicium deducta est.

Es iſt hier der Ort, die Wirkungen dieſer Anhängigmachung und rechtlichen Ordination des Streits anzugeben [c]).

---

maior causa Einhalt zu thun, beibehalten worden L. 24 §. 3. 4 D. de lib. causa (40, 12).

a) Noch die römiſchen Juriſten gebrauchen dieſen Ausdruck vornehmlich in Fällen, wo die legis actio ſich am längſten erhielt, bey den Decemviral- und Centumviralſachen, vgl. die Stellen bey Briſſonius v. ordinare. *b*) S. z. B. L. 26 D. de O. et A. (44, 7) L. 44 pr. D. de iudic. (5, 1).

c) Keller über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem R. R. 1827.

Im allgemeinen folgen ſie aus der Natur der Sache, der Grundgedanke derſelben muß ſich in jeder Ordnung des Verfahrens finden, nur ſeine ſtrenge und conſequente Ausbildung und Durchführung, und die beſondere juriſtiſche Geſtaltung kann das beſondere Eigenthum des römiſchen Proceßrechts, und hier wieder nach der Verſchiedenheit des Verfahrens verſchieden ſeyn.

Der Zweck des Proceſſes iſt, das unter den Parteien beſtrittene Rechtsverhältniß zur rechtlichen Entſcheidung zu bringen. Dieß ſchließt von ſelbſt in ſich, daß die Parteien ihre Anſprüche, ſo weit dieſelben in iudicium deducirt werden, von dem Erfolg der gerichtlichen Verhandlungen abhängig machen; an die Stelle ihres bisherigen (beſtrittenen) Verhältniſſes tritt das Proceßverhältniß und das was es in ſeinen nothwendigen Folgen daraus machen wird. Daraus ergiebt ſich, daß die lis inchoata folgende Wirkungen hat:

1) Conſumtion des Klagerechts; die Klage kann nicht mehr angeſtellt werden, weil ſie von *dieſem* Proceß abhängig gemacht iſt. Dieſe Wirkung trat ipso iure ein bey den Legis Actiones[d], ebenſo in dem Formularproceß bey einem legitimum iudicium (§. 159) in personam mit einer formula in ius concepta, in allen andern Fällen, alſo namentlich bey allen in rem und in factum actiones hat der Beklagte gegen den Kläger, der die Klage wiederholen will, die exceptio rei in iudicium deductae (an deren Stelle, wenn ſogar das Ur-

---

d) Gai. IV. 108: — qua de re semel actum erat, de ea postea ipso iure agi non poterat —. (Donat. ad Terent. Andr. III, 1. 7 Actum est: haec res secundum ius civile dicitur: in quo cavetur, ne quis rem actam apud iudices repetat. Ad. II, 2. 24. Actum agam: proverbium, id est nihil agam. quod enim in iure semel iudicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest. Sic in Phormione (II, 2, 72) ne actum agas aiunt. Cic. de am. 22. acta agimus, quod vetamur veteri proverbio. R.)

theil ſchon erfolgt iſt, und nach dieſem der Kläger ſeine Klage noch einmal anſtellen will, die exceptio rei iudicatae tritt, §. 175)[e]. Eine andere Frage iſt, ob es nicht doch dem Kläger möglich iſt, die Klage ohne Präjudiz für ihre künftige Anſtellung nach der lis ordinata fallen zu laſſen, oder ſonſt jene Wirkung der Conſumtion zu vermeiden? Dieß iſt möglich auf dem Weg der in integrum restitutio, wodurch die Anſtellung der Klage reſcindirt, und der Kläger in die Lage verſetzt wird, wie wenn er die Sache noch nicht in iudicium deducirt hätte[f]), in den Fällen, wo die Conſumtion des Klagerechts durch exceptio rei in iudicium deductae geltend gemacht wird, konnte der Kläger unter Umſtänden ſich gegen ihre Wirkung mit einer replica doli helfen[g]).

2) Verpflichtung zu dem, was das Judicium und ſein Ausgang aus dem beſtrittenen Rechtsverhältniß machen wird, endige es durch Condemnation oder Abſolution des Beklagten. Das beſtrittene Rechtsverhältniß löſt ſich in einen Anſpruch auf Condemnation von Seiten des Klägers, auf Abſolution von Seiten des Beklagten auf. Jener Anſpruch auf Condemnation hängt natürlich von den Vorausſetzungen (si paret u.

---

e) Gai. IV. 106. 107. III. 181. Cic. de orat. I. 37: ut — petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur: quod ea res in iudicium antea venisset. Im juſtinianiſchen Recht kommt dieſe exceptio nicht vor; ſo iſt ſie in L. 14 §. 13 D. quod metus (4, 2) durch Interpolation (exc. *in factum*) entfernt.

f) Ulpian nach Proculus und Celſus L. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5). Nach Paulus L. 4 §. 3 D. de noxal. act. (9, 4) wäre auch dieſe Reſtitution (wie die der Einreden §. 170 Note x) ohne causae cognitio geſchehen, was mit der Darſtellung des Celſus nicht übereinſtimmt. Entweder haben wir eine Rechtsänderung zwiſchen Celſus und Paulus (etwa durch die Redaktion des Edicts unter Hadrian) anzunehmen, oder eine Interpolation der letzten Stelle durch die Compilatoren.

g) Z. B. wenn er vermöge Uebereinkunft mit dem Beklagten die Sache hatte ruhen laſſen, und in Folge davon oder ſonſtiger Umtriebe des Beklagten die Proceßverjährung eingetreten war (§. 159.)

f. f.) ab, an welche in der Formel die Anweiſung an den Richter zu condemniren gebunden iſt. Wo dieſe Vorausſetzung (si paret N. N. A. A. dare oder dare facere oportere, — si paret rem A. A. esse) wörtlich genommen wird, iſt ſie von der gegenwärtigen Zeit: der lis ordinata, zu verſtehen, ſo daß es nur darauf ankommt, ob die Intentio zu dieſer Zeit begründet war oder nicht, eine ſpätere Veränderung darin (z. B. Verluſt des Eigenthums post iudicium acceptum) das Urtheil nicht alterirt. Wenn daher der Beklagte post iudicium acceptum zahlt, ſo wird er dadurch von der Condemnation nicht befreit, was er getilgt hat, iſt die alte Obligatio, die durch das iudicium ordinatum ſchon getilgt war (er kann es daher als ohne Grund gegeben zurückfordern), nicht die auf condemnari oportere, die dadurch begründet iſt, daß er zu jener Zeit noch Schuldner war, er muß alſo deſſenungeachtet condemnirt werden. Ganz anders bey den bonae fidei iudicia, denn hier iſt das Officium Judicis frey von jener wörtlichen Auslegung der Intentio, der Richter hat nur zu condemniren, wenn es der bona fides gemäß iſt, und dieß iſt nicht der Fall, wenn der Kläger noch vor der Sentenz befriedigt wird, eben ſo bey den arbitrariae actiones, denn hier iſt die Vorausſetzung der Condemnation, daß der Beklagte nicht noch vor der Sentenz den Kläger arbitrio iudicis befriedigt, thut er dieß ſo muß er abſolvirt werden (§. 166). Es war aber eine Controverſe unter den Schulen: die Sabinianer behaupteten die Nothwendigkeit der Abſolution bey allen Proceſſen, omnia iudicia esse absolutoria. Die Proculianer hielten an der obigen Regel feſt, mit den angegebenen in der Natur der Sache liegenden Ausnahmen[h]). Was nun von der Zahlung post iudi-

---

h) Gai. IV. 114. Es verſteht ſich, daß Juſtinian die Meinung der Sabinianer vorzieht; damals konnte nicht mehr davon die Rede ſeyn, wie der Judex die Formel verſtehen müſſe, da ihm keine gegeben war §. 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12). Nach dieſer Meinung wird

cium acceptum, das muß um ſo mehr von einer nachher eingetretenen Befreiung ope exceptionis gelten z. B. einem Vergleich der post iudicium acceptum geſchloſſen iſt, und auf den der Richter in einem strictum iudicium ſchon deswegen keine Rückſicht nehmen kann, weil nichts davon in der Formel ſteht[i]).

Auch der Gegenſtand der Verpflichtung, die durch die Ordinatio Litis entſteht, beſtimmt ſich durch die Formel, von ihrer Beſchaffenheit hängt ab, ob nach jenem Zeitpunkt eingetretene Thatſachen auf den Gegenſtand der Condemnation und ſeinen Umfang Einfluß haben. Steht eine condemnatio certae pecuniae in der Formel, ſo kann jene Frage gar nicht entſtehen. Außerdem aber iſt der Grundſatz allgemein geltend geworden, daß dem Kläger alles das werden müſſe, was er bey der Befriedigung zur Zeit der lis ordinata gehabt hätte, ſo daß alſo der richterliche Anſchlag der Condemnationsſumme ſich durch nachher eintretende Umſtände verändern z. B. durch die Berückſichtigung der Nutzungen, die der Kläger hätte ſeit dieſer Zeit beziehen können, erhöhen kann. Dieſe Rückſichtnahme hat bey bonae fidei iudicia und bey arbitraria ohnedieß keinen Anſtand, aber auch auf die stricta iſt ſie angewendet worden[k]).

---

denn auch entſchieden in L. 5 pr. D. de publican. (39, 4). Dagegen ſcheint es ein Verſehen, daß L. 84 D. de V. O. (45, 1) von den Compilatoren aufgenommen iſt: Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet, quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices. Vgl. Savigny Syſtem V §. 223 Note u. Aber die Stelle kann von einer Conventionalſtrafe verſtanden werden, die, wenn keine beſtimmte Zeit feſtgeſetzt iſt, bis zur Anſtellung der Klage ſoll vermieden werden können.

i) L. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6), eine Stelle, die durch Interpolation ſehr verdorben iſt.

k) L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1) L. 38 §. 7 D. de usur. (22, 1). In der letzten Stelle werden Sabinus und Caſſius dafür angeführt. — Der Werth des Gegenſtandes, den der Richter äſtimiren ſoll, iſt dem Princip gemäß nach der Zeit der Litisconteſtation zu bemeſſen,

Endlich werden ebenſo die Perſonen, zwiſchen denen die Verpflichtung aus der Uebernahme des Judiciums beſteht, durch die Formel (inſonderheit in der Condemnatio) gegeben. Eine Veränderung derſelben kann nur durch Mitwirkung des Prätors geſchehen, der die Formel in dieſem Punkt abändert, dieß heißt translatio iudicii. So wenn der Dominus post acceptum iudicium einen Stellvertreter beſtellen, oder ſtatt des bisherigen einen andern ernennen, oder ſelbſt den Proceß übernehmen will. Die Formel iſt bey einem Stellvertreter ſo eingerichtet, daß dieſer in die Condemnatio geſetzt wird (§. 166 a. E.), jene Veränderung fordert daher eine Veränderung der Formel, die nur durch den Prätor möglich iſt, und von dieſem nur nach causae cognitio, alſo ex iusta causa gewährt wird[l]). Dieſe Translatio geſchieht auch auf die Erben der Parteien[m]), bey den Erben des Beklagten auf Antrag des Klägers[n]), und ſo auch in anderen Fällen[o]).

Die bisher aufgeſtellten Sätze ſind als Wirkungen des iudicium ordinatum oder acceptum, der lis inchoata bezeich=

---

quanti res *est* d. h. zu der Zeit, wo dieß geſagt iſt, die Formel con=cipirt wird; ſo iſt es in der That bey stricta iudicia L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6) L. 37 D. mand. (17, 1). L. 91 §. 7 D. de leg. I (30). Bey arbitrariae actiones muß dieß anders ſeyn, der Werthan=ſchlag iſt auf eine künftige Zeit geſtellt, er hängt davon ab, daß nicht die Sache ſelbſt arbitratu iudicis reſtituirt wird, darum werden auch jene Worte ſo gefaßt: quanti res *erit* (Gai. IV. 51). Auch bey den bonae fidei iudicia gilt der Grundſatz, daß das tempus rei iudicandae zu beachten ſey L. 3 §. 2 cit., und daſſelbe iſt auch bey in factum actiones durch die Faſſung der Condemnation auf quanti res *erit* an=genommen worden (Gai. IV. 47). Zweifelhaft iſt, wie nach allem dem L. 3 D. de cond. tritic. (13, 3) zu verſtehen ſey, wonach bey der Con=dictio „condemnationis tempus“ zu berückſichtigen ſeyn ſoll.

l) L. 16—27. 46 pr. D. de procur. (3, 3).

m) L. 8 §. 1 D. de fidei. tut. (27, 7) L. 29 D. de op. libert. (38, 1).

n) L. 4 C. de in litem iur. (5, 53).

o) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 15 D. de noxal. act. (9, 4) L. 24 §. 4 D. de lib. causa (40, 12). Vgl. Zimmern Civilproc. §. 119 a. E.

net worden. Es iſt aber um dieſer Folgen willen von Wichtigkeit genau zu beſtimmen, wann lis inchoata ſey, da dieſer Anfang aus einem Compler von Handlungen beſteht, die möglicherweiſe nicht alle an demſelben Tag vorgenommen werden. Der Zeitpunkt, wo jene Wirkungen eintreten, läßt ſich im allgemeinen ſo beſtimmen: die Aufgabe des Verfahrens in iure iſt eben die Ordinatio Judicii, jene Wirkungen alſo werden in dem Moment eintreten, wo das Verfahren in iure beendigt iſt. Wir werden es ganz natürlich finden, wenn dieſer Zeitpunkt durch eine förmliche Handlung bezeichnet und conſtatirt wird, und eine ſolche kommt nun in der That vor. Die Römer gebrauchen für den Punkt, wo jene Wirkungen eintreten und von dem ſie ſich ableiten, deu Ausdruck Litis Conteſtatio, dieſer ſchreiben ſie die Wirkungen zu, post litem contestatam iſt der Sache nach gleichbedeutend mit: post iudicium ordinatum, acceptum, litem inchoatam. Offenbar iſt es ein ſpecieller Act, der, wenigſtens urſprünglich, mit jenem Wort bezeichnet wird. Von welcher Beſchaffenheit iſt er?

Wir finden zwey Beſchreibungen davon in unſern Quellen, beide ſehr unzulänglich, um die Beſchaffenheit der Handlung daraus zu entnehmen; die eine, ein Beſtandtheil des juſtinianiſchen Rechts und ohne Zweifel interpolirt, beſchreibt nicht den Act ſelbſt, ſondern ſetzt vielmehr voraus, daß ein ſolcher beſonderer Act nicht mehr üblich, und giebt an, wann die Litisconteſtation als geſchehen zu betrachten iſt[p]), die andere enthält wenig mehr, als was ſich aus dem Wort und aus der Theorie des Inſtituts ſelbſt ergiebt[p]). Gewiß iſt, daß der Act

p) Sever. et Antonin. L. un. C. de litiscont. (3, 9): Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. *q*) Paul Diac. ex Festo: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

in einer Zeugenaufrufung beſtand, und zwar von Seiten bei= der Parteien (daher *con*testari); wahrſcheinlich, daß er vor Gericht geſchah; beſtritten iſt es, ob er in iure oder in iudicio vorgenommen worden ſey [r]). Wäre das Verfahren in iudicio mit der Litisconteſtation eröffnet worden, ſo müßte ſie identiſch ſeyn mit der causae coniectio, von der Gaius ſpricht (IV. 15), aber daß dieſe etwas ganz anderes war, und nicht in einer Zeugenaufrufung beſtand, geht aus dieſer Stelle ſelbſt klar hervor [s]), jene Meinung indeſſen ſelbſt gründet ſich nur auf die Note p citirte Stelle, die einmal gerade in den hieher ge= hörigen Worten wahrſcheinlich interpolirt iſt, dann aber, wenn dieß nicht der Fall wäre, in der That das Gegentheil enthalten würde, da ſie beim Anfang des Judiciums die L. C. als ſchon geſchehen darſtellt.

Ueber die Geſchichte der Litis Conteſtatio ſind zwey ver= ſchiedene Meinungen aufgeſtellt worden. Nach der einen [t]) iſt dieſe feierliche Handlung urſprünglich für das Verfahren mit Legis Actio entſtanden, und vornehmlich dazu beſtimmt gewe= ſen, die Verhandlungen in iure, da ſie rein mündlich waren, zu conſtatiren und durch die Zeugen dem Richter eine legale Kenntniß davon zu verſchaffen. Im Formularproceß war ſie ſonach nicht mehr Bedürfniß, ſie wurde aber anfangs auf ihn herübergenommen, und erſt ſpäter kam ſie außer Gebrauch, wo dann der Ausdruck, ohne daß damit noch ein ſpecieller Act gemeint war, den Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens in iure, alſo die Vollziehung dieſes Verfahrens vom Stand= punkt der Parteien aus bezeichnet. Nach der andern Mei=

---

r) Vgl. über dieſe Frage Keller Litiscont. §. 3—5, der die richtige Beantwortung derſelben vollſtändig gerechtfertigt hat.

s) Eben ſo aus Gell. V. 10: — petere instituit ex pacto mercedem, litem cum Euathlo contestatur et quum ad iudices coniiciendae consistendaeque causae gratia venissent —.

t) Keller a. a. O. §. 1.

nung u) gab es zur Zeit der Legis Actiones keine beſondere L. C., jene waren vielmehr ſelbſt die Litisconteſtation, wenn man ſo ſagen will; ſie iſt erſt für den Formularproceß eingeführt, um der Verhandlung und ihrer Wirkung eine Solennität zu geben, die ſie nicht an ſich beſaß, ſo daß alſo die Legis Actio dadurch gleichſam in das Verfahren durch Formulä herübergenommen, nur aber auf eine Schlußhandlung concentrirt ward. — Das Richtige ſcheint folgendes zu ſeyn. Die L. C. hatte nicht den Zweck, die Kunde des in iure Verhandelten für den Richter zu erhalten, darin liegt der Irrthum jener erſten Anſicht, ſondern ſie war eine reine Solennität, welche die Beendigung des Verfahrens in iure, die Anhängigkeit des Proceſſes und den Eintritt ihrer Wirkungen bezeichnen ſollte. Dieſe bedeutende Wendung der Sache ſollte nicht ſtillſchweigend eintreten, ſondern durch einen feierlichen Act markirt werden. Das war dem älteren Rechtsbewußtſeyn überhaupt gemäß, es hatte aber noch den ſchon oben angedeuteten Vortheil, daß der Anfangspunkt jener Wirkungen außer allen Zweifel geſetzt wurde. Damit fällt aber zugleich jeder Grund weg, dieſe Solennität für die Zeit des Verfahrens durch Legis Actiones zu läugnen, ſo wie auf der andern Seite ihrer Uebertragung auf den Formularproceß nichts entgegenſtand. Dieß ſchließt indeſſen nicht aus, daß ſie für dieſen letzten eigentlich etwas fremdartiges hat, erſt entſtanden für ihn wäre der Gebrauch gewiß nicht, daß man eine ſo ganz und gar nur auf die Sache berechnete und von allen Feierlichkeiten entblößte Verhandlung, wie ſie hier vor dem Magiſtrat ſtattfand, mit ſolennen Sprüchen und Zeugenaufrufungen beſchloſſen hätte. Kein Wunder daher, wenn in der dritten Periode dieſe antiquitas abkam, und mit Beibehaltung des Ausdrucks litis con-

---

u) Heffter Inſtitut. des röm. u. teutſchen Civilproceſſes (1825) S. 281 f. 295, und vornehmlich Bethmann-Hollweg tübing. krit. Zeitſchr. V S. 76.

testatio zur Bezeichnung der Quelle jener Wirkungen, darunter kein beſonderer Act mehr, ſondern das Verfahren in iure überhaupt als ein geſchloſſenes verſtanden wurde[v]).

Ueber die Bedeutung der L. C. iſt noch eine eigenthümliche Meinung zu erwähnen, der wir eine größere Wichtigkeit als den Differenzen über die ſo eben berührten Punkte zuſchreiben müſſen, da ſie erheblichere Irrthümer als dieſe zur Folge haben kann oder muß.

Die Wirkungen der Litisconteſtation ſind oben ſo dargeſtellt worden, daß ſie aus der Natur des Proceſſes, aus der Ordination des Judiciums ſelbſt folgen, alſo von dem Act der Litisconteſtation inſofern unabhängig ſind, als dieſer um des angegebenen Zwecks willen hinzukam, und nun freilich weſentlich war, daß aber auch wenn er nicht in dem römiſchen Proceßrecht vorkäme, jene Wirkungen doch anerkannt worden wären. Mit einem Wort: die L. C. iſt nicht eigentlich die Quelle jener Wirkungen, ſondern ſie bezeichnet ſie nur, ſie hat alſo, wenn man will, einen ſymboliſchen Charakter. Mehrere Gelehrte dagegen verſtehen die Wahrheit: jene Momente ſind Wirkungen der L. C., alſo, daß gerade in dieſem Act ſelbſt die eigentliche Quelle jener Wirkungen liege. Dieß hat nun darauf geführt, die L. C. als einen Contract zu betrachten, durch welchen die Parteien jene Wirkungen herbeiführen, indem ſie ſich dadurch verpflichten, ihre Anſprüche von dem Erfolg des Proceſſes abhängig zu machen, dem künftigen Urtheil ſich unterwerfen, uud auf jede ſonſtige Geltendmachung verzichten[w]). Dieſe Anſicht der Sache iſt, wenn ich nicht irre,

---

v) Damit hängt zuſammen, daß litem contestari vorzugsweiſe von dem Kläger geſagt wird (wie iudicium accipere von dem Beklagten), denn der Kläger iſt es, auf deſſen Anträgen die weſentlichen Beſtandtheile des Verfahrens in iure und namentlich der Formel beruhen.

w) M. S. Mayer die Litis Conteſt. geſchichtlich dargeſtellt 1830. Rudorff, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. VII. 7. Gegen dieſe Abhand-

ſchon dadurch ausgeſchloſſen, daß die Wirkungen, die ſie aus einem Vertrag ableiten will, aus der Natur des Proceſſes ſelbſt ſchon mit Nothwendigkeit ſich ergeben, ohne daß wir, auch für die beſondere Geſtalt, die ſie im römiſchen Proceß angenommen haben, einer weiteren Erklärung dafür bedürfen. Dieſer Urſprung derſelben aus dem Weſen des Proceſſes hindert nicht, die L. C. als ein Rechtsgeſchäft mit verpflichtender Wirkung zu betrachten, als einen Quaſicontract, an den ſich jene Folgen äußerlich anknüpfen, aber er ſchließt ſchlechterdings die Auffaſſung der L. C. als einen Contract aus, wobey jene Wirkungen weſentlich auf die in dieſer Abſicht vorgenommenen Erklärungen geſtellt werden. Man könnte nun jene Vorſtellung noch dadurch zu retten ſuchen, daß man den „Vertrag" der L. C. nur als eine äußere Bekräftigung und als Zeichen des ſchon an ſich begründeten Verhältniſſes anſähe, ähnlich wie eine Stipulation, die zu einem Darlehen hinzukommt. Damit würde man der Sache nach ſchon in das Gebiet der richtigen Anſicht hinübergegangen ſeyn, aber es wäre noch immer eine höchſt unwahrſcheinliche Erklärung: die Privathandlung vor Zeugen ſollte den Römern als eine kräftigere Solennität erſchienen ſeyn, als die Handlungen vor dem Prätor? Das Umgekehrte wäre eher denkbar. Man müßte denn glauben, den Römern hätte es in den Sinn kommen können, eine In Iure Ceſſio z. B. erſt durch eine Mancipation zu ſolenniſiren und zu bekräftigen.

CLXXIII. Es giebt Fälle, wo die Verhandlung in iure nicht zur Ordinatio Iudicii führt, alſo keine Litis Conteſtatio enthält. Vor allem iſt dieß der Fall, wenn der Beklagte des Anſpruchs des Klägers in iure, alſo vor dem Magiſtrat und in Gegenwart des Klägers, geſtändig wird. Dieſes Geſtänd-

---

lungen iſt gerichtet Danz de litis cont. quae fuit tempore legis actionum 1831.

niß heißt confessio in iure[a]). Der Natur der Sache nach iſt in dieſem Fall von einem Rechtsſtreit nicht mehr die Rede, zu einem Judicium iſt keine Veranlaſſung mehr, es iſt nichts mehr zu unterſuchen, der Confeſſus hat ſich gewiſſermaßen ſelbſt verurtheilt, es iſt natürlich, daß jene Confeſſio dem Urtheil in ihren Wirkungen gleichgeſtellt wird. Doch wird dieß von dem Umfang und Gegenſtand des Geſtändniſſes abhängen. Vor allem wird es noch immer zu einem Judicium kommen, wenn der Beklagte die Anſprüche des Klägers nur theilweiſe zugeſteht, wo alſo noch immer ein Rechtsſtreit zurückbleibt. Sodann hat der Gegenſtand, auf den das Geſtändniß gerichtet iſt, auf jene Wirkung Einfluß. Die Zwölf Tafeln haben die einer Geldſchuld Geſtändigen den iudicati gleichgeſtellt[b]). In den Formularverfahren mußte man dabey ſtehen bleiben, weil die Sentenz ſtets auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtet war, nur eine Confeſſio auf denſelben Gegenſtand konnte ihr daher vollkommen gleichgeſtellt werden, nur dann alſo galt der Grundſatz vollſtändig: confessus pro iudicato est[c]). Indeſſen gieng man nachher allmählich weiter, und kam endlich (wofür eine oratio D. Marci angeführt wird) zu dem Satz, daß bey jeder Confeſſio in Jure, auch wenn ſie nicht eine beſtimmte Geldſumme zum Gegenſtand habe, das Zugeſtandene ſo behandelt werden müſſe, als wenn es durch eine rechtskräftige Sentenz feſtgeſtellt worden wäre. Es wird daher, wenn die Confeſſio nicht auf eine beſtimmte Geldſumme geht, zwar ein Judicium gegeben, aber nicht de re iudicanda ſondern aestimanda[d]).

---

a) Dig. XLII. 2. Cod. VII. 59: de confessis. Bethmann-Hollweg Verſuche S. 261—276. *b*) Gell. XX. 1.

c) L. 6 pr. §. 1 D. de confess. (42, 2). Paul. sent. V. 5 a, 2.

d) L. 56 D. de re iud. (42, 1). So wenn der mit der actio legis aquiliae Belangte die Beſchädigung eingeſteht, aber eine Differenz über den zu erſetzenden Werth beſteht L. 25 §. 2 L. 26 D. ad L. aquil. (9, 2), ferner wenn das Eigenthum zugeſtanden wird, und der Confeſſus

Eine gleiche Wirkung, wie durch confessio in iure, kann durch einen Eid hervorgebracht werden, der dem Gegner über das ſtreitige Verhältniß in iure deferirt wird[e]). Dieſe Eideszuſchiebung tritt an die Stelle der Litisconteſtation[f]), der Eid (oder ſeine Verweigerung) an die Stelle des Judiciums[f*]),

---

nicht reſtituirt L. 6 §. 2 D. de confess. (42, 2). (Auf dieſes arbitrium litis aestimandae (Valerius Probus: A. L. AE = arbitrium litis aestimandae) bezieht Huſchke, Recht des Nexum S. 163 Note 243 die Siglen Q. A. N. N. = quando ais neque negas. §. 161 i. R).

e) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. Voluntarium heißt das iusiurandum, wenn es rein von dem Willen deſſen, dem der Gegner es anbietet, abhängt, ob er ſchwören (und dadurch ſeine Behauptung wahr machen) will, oder nicht; necessarium, wenn der, von dem er verlangt wird, den Eid nicht einfach verweigern kann. Ein ſolcher iſt der in iure angebotene Eid, der geſchworen oder zurückgeſchoben (dem Deferenten zugemuthet) werden muß, die einfache Weigerung wird als Geſtändniß behandelt: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre L. 38 D. eod. Im prätoriſchen Edict ſtand: eum a quo iusiurandum petetur, solvero aut iurare cogam L. 34 §. 6 D. eod. Ausnahmen: pupillo non defertur iusiurandum L. 34 §. 2 eod. Procurator non compellitur iurare nec defensor L. 34 §. 3 eod. Sacerdotem vestalem et flaminem dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam Gell. X. 15 aus dem edictum perpetuum.

f) L. 28 §. 2 D. de iudic. (5, 1): ex quibus causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

*f**) (Der Eid hat eine „iurandi formula iuris“ (Ovid. heroid. ep. 21, 133) und concepta verba (Macrob. sat. I. 6) wie das Judicium: entweder in ius — rem suam esse, usum fructum se habere, se patronum esse, sibi dari oportere — oder in factum: se vendidisse, se dedisse in dotem, se pignori dedisse. Die Uebereinſtimmung tritt jedoch nur hervor, wenn der Beklagte über die Intentio oder Demonſtratio, oder wenn der Kläger über deren Gegentheil — rem petitoris non esse, se dare non oportere (§. 216 p.) den Eid deferirt. Daran aber ſind die Parteien nicht gebunden, der Eid kann auch über das Recht des Poſſeſſor — rem possessoris esse — angetragen werden, obgleich dieſes weder in der formula petitoria noch im Urtheil zum Vorſchein kommen würde. L. 11 §. 1. 2 D. de iureiur. (12, 2). R).

ſchwört der Beklagte, ſo hat er gegen die Klage die exceptio iurisiurandi, analog der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae[g]), ſchwört der Kläger, ſo hat er eine Klage, analog der actio iudicati[h]). Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum[i]).

Die Litis Conteſtatio kann endlich wegfallen durch Weigerung des Beklagten, das Judicium zu übernehmen, und auch hier kann die Folge eintreten, daß er wie ein Judicatus behandelt wird. Dieſe Weigerung kann begründet ſeyn durch Umſtände, welche die Klage ſofort, und ohne daß noch für eine Unterſuchung Raum iſt, als unbegründet darſtellen, und die Denegation derſelben durch den Prätor zur Folge haben (§. 163 a. E.). Ferner durch ſolche Einreden, die als Präſcriptiones gefaßt werden (§. 171); da aber die Formel hier doch gegeben, das Judicium ordinirt wurde, ſo übernahm der Beklagte dennoch eventuell den Proceß, nur war im Fall der Begründung der Einrede die Litis Conteſtatio als nicht geſchehen zu betrachten. Anders als die Präſcriptiones wegfielen und als Exceptiones gegeben wurden (§. 171 a. E.), eine exceptio iſt nach dem Recht der Zeit, von der hier die Rede iſt, nicht möglich ohne iudicium acceptum. Der Einwand der Incompetenz jedoch (praescriptio fori) wurde nun ſtets von dem Magiſtrat ſelbſt unterſucht und ſchloß daher, wenn er ihn begründet fand, die Litisconteſtation aus.

Der Beklagte kann endlich die Uebernahme des Judiciums durch die Behauptung verweigern, daß er nicht der rechte Beklagte ſey z. B. bey den Klagen gegen den Beſitzer einer Sache, daß er nicht, oder nicht zu dem Theil oder aus dem Grund

---

g) L. 7. 9 pr. 11 pr. D. de iureiur. (12, 2).

h) L. 9 §. 1 L. 11 §. 3 D. eod. L. 8 C. de reb. cred. (4, 1): actori — si iuraverit — ad similitudinem iudicati in factum actio competit. *i*) L. 1 pr. D. quar. rer. actio (44, 5).

Beſitzer ſey, den die Klage vorausſetzt. Dieß giebt Veranlaſſung zu einer vorausgehenden Verhandlung und Entſcheidung über dieſe Frage, und zwar durch ein Interdict, bey welchem nur die Frage iſt, ob der Beklagte wirklich beſitzt; wird er als Beſitzer befunden, ſo wird er nun nicht etwa gezwungen, das Judicium zu übernehmen, ſondern er muß den Beſitz an den Kläger herausgeben[k]). Aber es iſt auch ein anderes Verfahren möglich, der Kläger kann nämlich auf ſeiner Klage beharren, das Judicium wird ordinirt, mit Anweiſung an den Richter jenen Einwand des Beklagten zu unterſuchen, wo alſo die Litis Conteſtation nicht ausgeſchloſſen, aber der Beklagte, wenn ſeine Behauptung ſich als richtig erweiſt, abſolvirt wird[l]). Dieſes letzte Verfahren (in vielen Fällen das ausſchließliche) iſt für den Beklagten ganz unbedenklich, er verliert durch die Uebernahme des Judiciums ſeinen Einwand nicht, vielmehr wird er, wenn derſelbe begründet befunden wird, definitiv von der Klage losgeſprochen. Dagegen kann es gefährlich für den Kläger werden, wenn er jemanden belangt, von dem ſich nachher in iudicio ergiebt, daß er in der Art wie der

---

k) Darauf beziehen ſich die interdicta: quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum bey angeſtellten in rem actiones, Endlicheriſches Fragment der Inſt. Ulpian's, Vat. fragm. 92. Ein ähnliches Verfahren fand bey der actio damni infecti Statt, wenn der Beklagte behauptete, die gefährdende Sache gehöre ihm nicht L. 10. 20 §. 2 D. de interr. in iure (11, 1). — Eine gleiche Behandlung bey Servitutenklagen ſ. in L. 15 D. de op. novi nunt. (39, 1). (L. 7 D. de aqua quot. (43, 20) Zeitſchr. für geſch. R. W. XI S. 357 Note 26. R).

l) So bey der Noxalklage gegen den Eigenthümer des beſchädigenden Sclaven oder Thiers, wenn er das Eigenthum läugnet. Er verliert hier zur Strafe ſeines Läugnens die noxae deditio L. 22 §. 4 D. de noxal. act. (9, 4) L. 17 D. de interr. in iure (11, 1). Auch bey der Eigenthumsklage ſtand dieſer Weg offen, wie ſich ergiebt aus L. 9. pr. 17 D. de exc. rei iud. (44, 2). Die nachher zu erwähnende Gefahr für den Kläger trat aber hier nicht ein. Er konnte von neuem klagen gegen den aus dieſem Grund Abſolvirten, wenn derſelbe nachher Beſitzer geworden war.

Kläger klagte, nicht der rechte Beklagte war. So wenn jemand mit der condictio certi gegen den Erben ſeines Schuldners klagt auf das Ganze, während er nur zum Theil Erbe iſt, überhaupt auf eine größere Summe, als dieſer nach ſeinem Erbſchaftstheil zu leiſten hat; hier wird er wegen der Pluspetitio abgewieſen, und verliert ſein Recht. Um dieſem Uebelſtand zu begegnen, hat der Prätor die interrogationes in iure eingeführt [m]), durch welche der Beklagte aufgefordert wird, zu erklären, ob und zu welchem Theil er Erbe ſey [n]), und dieſe Fragen läßt er auch in andern Fällen zu, wo ein rechtliches Intereſſe des Klägers zur Vorbereitung und Formation ſeines Anſpruchs es erheiſcht [n*]). Was der Beklagte auf die Interrogatio zugeſteht, wird zwiſchen den Parteien, ſo weit es zu ſeinem Nachtheil iſt, als wahr behandelt [o]), verneint er, oder was für daſſelbe gilt, antwortet er nicht [p]), ſo ſtehen nun dem Kläger die oben angezeigten Wege offen. Stellt er hiernach die urſprünglich beabſichtigte Klage an, ſo heißt ſie jetzt interrogatoria actio, indem ſie einen die Interrogatio und ihren Erfolg betreffenden Zuſatz erhält, ſey es daß der Beklagte

---

m) Dig. XI. 1: de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus. (Bruchſtücke des Edicts: qui in iure interrogatus responderit — omnino non respondisse. L. 4 §. 1. L. 11 §. 5 D. eodem. R). *n*) L. 1 pr. D. eod.

*n**) (Dahin gehört ſchon in der alten Vindicatio die Frage des Klägers an den Beklagten über die causa der Contravindicatio: postulo anne dicas, (sed anne tu dicis) qua ex causa vindicaveris? und an den mit erſchienenen Auctor des Beklagten quando in iure te conspicio, postulo an fuas auctor (Valerius Probus: Q. I. I. T. C. P. A. F. A. Cic. pro Mur. 12. Caec. 19.), die man nicht mit Mommsen ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate (1843) für die actio auctoritatis des Beklagten gegen den Litisdenunciaten halten darf. Die Verweigerung der Antwort darauf heißt (auctoritatem) defugere. Plautus Poen. I. 1, 17. Terent. Eun. II, 3. 98. L. 139 §. 1 D. de V. O. (45, 1). R).

o) L. 11 §. 1. 9 D. eod.

p) L. 11 §. 5. 7 D. eod. (Valerius Probus p. 1471. Gothofr.: Q. N. Q. A. N. Q. N. = quando neque ais neque negas. R).

1) durch ſeine Antwort etwas zugeſtanden hat[q]), oder daß er 2) eine dem Anſpruch des Klägers nachtheilige oder keine Antwort gegeben hat, im letzten Fall wird durch den Zuſatz bewirkt, daß der Kläger durch eine Pluspetition nicht ſachfällig wird. In einer Pandektenſtelle wird geſagt: die interrogatoriae actiones ſeyen außer Gebrauch gekommen, während die interrogationes ſelbſt offenbar als ein geltendes und übliches Inſtitut dargeſtellt werden[r]). Dieß erklärt ſich ſo: es iſt dabey nur von dem zweiten der eben angegebenen Fälle die Rede; hatte nun hier der Beklagte gar nicht geantwortet, ſo wurde er als einer, der die Einlaſſung ohne Grund verweigert, behandelt, hatte er verneint, ſo fand man unbillig, den Kläger von jenen nachtheiligen Folgen der ungehörigen Klage zu entbinden, es fiel alſo dort wie hier die beſondere Geſtaltung der Klage als interrogatoria actio weg.

Wenn nun der Beklagte ohne Grund das Judicium zu übernehmen ſich weigert, ſo wird er als indefensus betrachtet, er gilt als damnatus (§. 160)[s]).

C. Verhandlungen in Judicio.

a. Beweis.

CLXXIV. Die Aufgabe des Richters iſt, die Sentenz zu ſprechen, die ihm in der Formel aufgetragen wird. Die Be-

---

q) L. 22 D. eod.

r) L. 1 §. 1 D. eod. Man hat ſich damit zu helfen geſucht, daß die Stelle einer Interpolation der Compilatoren ſey (ſ. Zimmern Civilproc. §. 125 Note 12), aber damit wäre, wenn beide Inſtitute weſentlich von einander abhiengen, nichts gewonnen, weil die Schwierigkeit aus dem älteren Recht nur auf das Gebiet des juſtinianiſchen verlegt wäre, wo die Interrogationen ja auch noch als ein praktiſches Inſtitut vorkommen. Verändert iſt die Stelle wahrſcheinlich, aber nicht in der Theſis überhaupt, ſondern in ihrer Erläuterung und vielleicht ihrem Umfang.

s) Lex rubria cap. 21. 22. L. 52 D. de R. I. (50, 17): non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.

dingung, von der das Condemniren oder Abſolviren abhängig gemacht iſt (si paret — si non paret), enthält die Anweiſung, die Thatſachen, die unter den Parteien beſtritten ſind, zu unterſuchen, und die rechtlichen Grundſätze, die darauf anzuwenden ſind, zu erkennen (auch dieß iſt in dem si paret begriffen). Auf den erſten Punkt bezieht ſich der Beweis, der von den Parteien erwartet wird: die Thätigkeit der Parteien, welche darauf gerichtet iſt, den Richter von der Wahrheit der Thatſachen, deren Beweis ihnen obliegt, zu überzeugen. Damit verbindet ſich zugleich die rechtliche Ausführung ihrer Sache, die Expoſition der Rechtsgründe, welche ſie für ſich anzuführen vermögen, und durch die ſie den Richter zu einer für ſie günſtigen Entſcheidung zu beſtimmen ſuchen.

Zu dieſem Behuf traten vor dem Richter die oratores oder patroni der Parteien auf (§. 155), die vor allem durch längere, zuſammenhängende Reden (continua oratio, peroratio) die Sache ihrer Partey darſtellten und ausführten, worin factiſche und rechtliche Deduction gemiſcht waren. In Beziehung auf jene wurden ſchon hier die verſchiedenen Beweismittel, die der Partey zu Gebote ſtanden, erwähnt und gebraucht; nachher aber wurden in der eigentlich ſo genannten probatio dieſe Mittel, die Behauptungen zu bewahrheiten, noch beſonders zuſammengefaßt, womit ſich die altercatio verbindet, wo die Parteien oder ihre Patrone in kürzeren Reden und Gegenreden ihren Beweis hervorzuheben, den des Gegners als nicht gelungen darzuſtellen oder (z. B. durch Gegenfragen (interrogationes) an die von ihm producirten Zeugen) zu ſchwächen ſuchen[a]). Für alle dieſe Verhandlungen iſt keine beſtimmte Form vorgeſchrieben, ihre Form beſtimmt ſich daher lediglich

---

a) Quintil. inst. or. VI. 4. (Schol. bobiensia in orat. Cic. de aere alieno Milon. p. 342 (Orell.) proprie namque interrogatio dicebatur, qua testes redarguebantur. [Pseudo-Ascon. in Verr. I. 33 §. 84 interrogabatur autem et ab eo, contra quem productus est. R.)

durch den Zweck, den ſie haben, und durch die Convenienz der dabey thätigen Perſonen, ſo wie durch das ſie leitende Amt des Richters [b]); doch pflegten die Reden der Parteien oder ihrer Patroni den Zeugenvernehmungen voran zu gehn [b*]).

Die Beweismittel, wodurch die Parteien dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer factiſchen Behauptungen verſchaffen, werden überhaupt instrumenta oder documenta genannt [c]). Als ſolche gelten den Römern zunächſt die Spuren, welche die beweiſende Thatſache ſelbſt bey ihrem Eintritt zurückgelaſſen hat, ſo namentlich in einer Schrift, die darüber aufgenommen worden, oder in der Erinnerung einer Perſon, die dabey gegenwärtig geweſen [c*]). Auf jenes bezieht ſich der Beweis durch Schrifturkunden, instrumenta im engern Sinn [d]), auf dieſes der Beweis durch Zeugen [e]). In Beziehung auf beide gaben die juriſtiſchen Schriften und ſo auch die Conſti-

---

b) Cic. pro Quint. 9. Vgl. z. B. über die Friſten (dilationes), die der Richter verwilligen kann Cic. pro Tull. §. 6 (Or.) pro Caecin. c. 2 §. 6. L. 7 D. de fer. et dilat. (2, 12) L. 36 pr. D. de iudic. (5, 1). Ueber die Zeit und den Ort der Verhandlungen ſ. oben §. 158.

*b**) (Macrob. sat. II. 12. veniunt in comitium — iubent dicere. Quorum negotium est, dicunt. Iudex testes poscit — tabulas poscit litteras inspicit. R.)

c) L. 1 D. de fide instrum. (22, 4): instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.

*c**) (Gell. XIV. 2 probari debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione — si neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex iis vir melior esset quaereretur: (durch eine Sponſio: ni vir melior esset oder ni vir bonus esset. Cic. de off. III. 19 Val. Max. VII. 2, 4) et si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. R.).

d) Dig. XXII. 4. Cod. IV. 21: de fide instrumentorum et amissione eorum. *e*) Dig. XXII. 5. Cod. IV. 20: de testibus.

tutionen der Principes den Richtern mehrfache Anweiſung, unter welchen Vorausſetzungen ſie als glaubwürdig zu betrachten ſeien, aber man war weit entfernt, das Ermeſſen des Richters überall durch beſtimmte Vorſchriften über das Maß ihrer Glaubwürdigkeit (z. B. über die Zahl übereinſtimmender Zeugenausſagen, welche zu ſeiner Ueberzeugung nöthig wäre) zu beſchränken[f]). Es liegt in der Natur der Sache, daß auf Urkunden das höchſte Gewicht bey der Beweisführung gelegt wurde, man geſtattete gegen ihren Inhalt, wenn ihre Aechtheit unangefochten war, nur unter Umſtänden einen Beweis durch Zeugen[g]), und betrachtete dieſen letzteren überhaupt mehr als eine Unterſtützung anderer Beweisgründe, denn als eine ſelbſtſtändige Beweisführung[h]), doch wird wiederholt eingeſchärft, daß der Verluſt der Urkunde, welche über das fragliche Rechtsgeſchäft aufgenommen worden, keineswegs als ein Hinderniß, die Wahrheit der Thatſache zu erforſchen, angeſehen werden dürfe. Der Regel nach waren die Zeugen vor den Richter zu ſtellen, und hatten vor ihm ihre Ausſagen mündlich zu machen[i]).

---

f) Ein Reſcript Hadrian's in L. 3 §. 2 D. de testib. (22, 5) drückt ſich darüber ſo aus: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non ubique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris. (Cicero legt großes Gewicht auf die Civität (pro Font. c. 7. 9. pro Flacco 4. 5. 8. 10. 11. 25. 27) den Reichthum (pro Rosc. com. 15 vgl. Iuvenal 3, 137 — 16) den Stand, das Alter und den Ruf der Zeugen u. ſ. w. R.).

g) L. 1 C. de testib. (lex restituta) Paul. sent. V. 15, 4. Vgl. L. 7 §. 12 D. de pact. (2, 14).

h) L. 2. 4. 5 C. de testib. (4, 20) vgl. L. 1 §. 1 D. eod. (22, 5).

i) Conſtantin ſchreibt eine Vereidigung derſelben vor L. 9 pr. C.

der Richter konnte die Zahl der zu evocirenden Zeugen nach Ermeſſen beſchränken, damit nicht durch ein Uebermaß der Proceß hingezogen, oder die Wahrheit verdunkelt werden möchte (die geſetzlichen Beſchränkungen bezogen ſich nur auf die Criminalproceſſe)[k]. Beibringung einer beglaubigten ſchriftlichen Ausſage eines abweſenden Zeugen (recitatio testimonii) war nicht ausgeſchloſſen, es verſteht ſich aber, da dem Richter der perſönliche Eindruck, dem Gegner die Möglichkeit des Gegenexaminirens entging und überdieß die Beeidigung hier wegfiel[k*]) daß ein ſolches Teſtimonium dem mündlichen an Glaubwürdigkeit bedeutend nachſtand[1]). Hier entſteht die Frage, wieweit ein Zwang zur Ablegung eines Zeugniſſes, zu dem man aufgefordert wurde, ſtattfand. Wer als Mancipationszeuge oder Libripens ſich hatte zuziehen laſſen, hatte damit die Verpflichtung übernommen, künftig über dieſen Act Zeugniß abzulegen, die Zwölf Tafeln ſprachen gegen den ſich Weigernden die Infamie und Inteſtabilität aus (§. 216 Note i), daſſelbe galt wohl auch von andern Fällen eines bey einem auf geſetzlicher Vorſchrift beruhenden Act

---

de testib. (4, 20). In Criminalſachen war ſie ſchon viel früher Rechtens. (Aber auch in Civilſachen wird ſie bereits von Seneca, (de ira II. 29: de parvula summa iudicaturo tibi — testis sine iureiurando non valeret) Quintilian (ſ. Note k*), Juvenal (3, 144 — 140) als üblich vorausgeſetzt. — Ausſagen auf der Folter ſind keine testimonia, ſondern quaestiones: testis iſt nur der Freie: Tac. ann. II. 28 satis testium et qui servi eadem noscerent repperit. R.).

k) L. 1 §. 2 D. de testib. (22, 5). *k**) (Quintil. I. O. V. 7 §. 32 saepe inter se collidi solent inde testatio hinc testes: locus utrinque: haec enim se pars iureiurando, illa consensu signantium tuetur. Dagegen pflegte man die Aechtheit (nicht die Wahrheit) ſchriftlicher Privatzeugniſſe durch Hand und Siegel erbetener signatores bezeugen zu laſſen. Cic. in Verr. V. 29 pro Quinct. c. 6. c. 21. Tusc. V. 11 pro Flacco c. 9. Ob die Zeugniſſe öffentlicher Korporationen eidlich ausgeſtellt wurden, ſteht dahin. R.).

gegebenen Solennitätszeugniſſes (z. B. bey der In Jus Vocatio), ein directerer Zwang zur Erfüllung der in dieſer Theilnahme liegenden Zuſage fand nicht Statt. Ein ſolcher trat im Criminalverfahren ein, in Folge einer denuntiatio testimonii von Seiten des Anklägers (oder auch des Angeklagten[l*]) und einer evocatio durch den Prätor oder Judex Quäſtionis[l**]), und dieſe denuntiatio mit ihrer Folge (jedoch unter der Beſchränkung auf zehn Zeugen) kommt auch bei einigen iudicia privata vor, regelmäßig findet ſie hier keine Anwendung[m]).

---

l) L. 3 §. 4 D. testib. (22, 5). (Dagegen hatte die beglaubigte Abſchrift einer Urkunde (descriptum et recognitum) gleiche Kraft mit dem Original. Die Beglaubigung geſchah in früherer Zeit, als die Tabellionen noch keinen öffentlichen Glauben genoſſen, durch ſieben Zeugen. Mommsen de collegiis et sodaliciis romanorum. Accedit inscriptio lanuvina. (1843) p. 104. Huſchke Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XII S. 194. 195. R.).

*l**) Plin. ep. V. 20. VI. 5. 13.

*l***) (Quintil. I. O. V. c. 7 §. 9. duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum, quibus iudex in publicis iudiciis lege denuntiare solet. Von dieſer Evocation oder Denuntiation des Magiſtrats vor Gericht zu erſcheinen, um ein mündliches Zeugniß (nemo per tabulas dat testimonium nisi sua voluntate) abzulegen iſt die Citation des Präco zu unterſcheiden, der den bereits vor Gericht erſchienenen Zeugen zur Ablegung des Zeugniſſes aufruft. Vgl. Escher, de testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit (1842) p. 60. R.).

m) Sie kommt vor bei der Klage wegen Verrückung der Gränzſteine in dem agrariſchen Geſetz des Caligula (der ſ. g. Lex Mamilia): deque ea re curatoris qui hac lege erit, iurisdictio reciperatorumque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicunque magistratus in ea colonia, municipio, praefectura, foro, conciliabulo iure dicundo praeerit, eius magistratus de ea re iurisdictio iudicisque datio addictio esto, inque eam rem is qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat in res singulas decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e re publica fideque sua videbitur — Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. IX S. 386. Bey Valerius Probus ſodann findet ſich folgender Satz: quanti ea res erit, tantae pecuniae

Zu dem Inhalt der Urkunden und den Ausſagen der Zeugen kommt als Beweisgrund für den Richter noch hinzu das Geſtändniß in iudicio, welches nicht wie die confessio in iure die Stelle des Urtheils vertritt, ſondern nur einen Beweis liefert, alſo zur Begründung des Urtheils dient; es iſt nicht an eine gewiſſe Form gebunden, und die Beurtheilung ſeiner Zuverläßigkeit iſt eben ſo wie die der andern Beweiſe dem Ermeſſen des Richters überlaſſen n). Außerdem ſtehen den Parteien noch alle andern Argumente offen, durch die ſich der Beweis einer Thatſache unterſtützen und ſo auf die Ueberzeugung des Richters einwirken läßt o). Endlich wenn der Richter bey allen für und wider gegebenen Beweisgründen zweifelhaft bleibt, ſo kann er von einer Partey noch eine eidliche Beſtätigung ihrer Behauptungen fordern, um dadurch ſeine Ueberzeugung ergänzen zu laſſen. Inſofern iſt auch der Eid (iusiurandum iudiciale, Eid in iudicio) ein Beweismittel, er hat aber auch nur die Wirkung eines ſolchen, und unterſcheidet ſich dadurch

---

iudicium recuperatorium dabo, testibusque, duntaxat decem, denuntiandi potestatem faciam. Huſchke (Richter's krit. Jahrbb. 1837 S. 897 ff.) iſt geneigt, den Zwang zum Zeugniß für eine Eigenthümlichkeit der Recuperatorengerichte zu halten, die dann auf die Criminalproceſſe, und endlich auf Popularklagen (auch wo ſie — wie in dem Fall des angeführten Geſetzes — nicht vor Recuperatoren kamen) ausgedehnt worden wäre. Rudorff dagegen (über die ſ. g. lex mamilia, Zeitſchrift IX. 12 S. 406 ff.) erklärt die Eigenſchaft des Gerichts als eines recuperatoriſchen von vornherein für gleichgültig, er knüpft die Zulaſſung des Zwangs an ein öffentliches Intereſſe, dem der zum Zeugniß aufgeforderte Bürger ſeine Willkühr opfern muß, und leitet daraus den Zwang bey Criminalproceſſen und bey Popularklagen ab. Ich halte die letztere Anſicht für die richtige.

n) Paul. sent V. 5 a, 3. L. 5 C. de transact. (2, 4) L. 7 D. de confess. (42, 2) Bethmann-Hollweg Verſuche S. 284 ff.

o) Quintil. inst. or. V. 8—10 (probatio artificialis). L. 19 C. de R. V. (3, 32) u. a.

von dem iusiurandum in iure (§ 173) [p]). Eine beſondere Anwendung findet dieſer judicielle Eid zur Beſtimmung des Werths des Streitgegenſtands, in den der Richter zu condemniren hat. Dieſen Werth hat der Richter regelmäßig nach den von dem Kläger beizubringenden Daten zu beſtimmen (aestimatio a iudice facienda), wenn indeſſen der Beklagte durch Dolus oder Contumacia verurſacht, daß der Kläger den eigentlichen Gegenſtand ſeines Anſpruchs nicht erhält und daß es daher zu einer Condemnatio in den Werth kommt, ſo hat der Richter dem Kläger den Eid einzuräumen, wodurch er den Werth und ſomit die Summe beſtimmt, kann ihm jedoch eine taxatio d. h. ein Maximum ſetzen, das er bey ſeinem Schwur nicht überſchreiten darf. Dieſer Eid, der eine Strafe für den Dolus oder Ungehorſam des Beklagten iſt, heißt iusiurandum in litem [q]). Er findet Statt, immer unter der Vorausſetzung von Dolus oder Contumacia, bey den arbitrariae actiones auf Reſtitution oder Exhibition, ferner bei den bonae fidei iudicia, aber auch bey stricta iudicia z. B. aus der Stipulation einer Sache, wenn der Dolus des Gegners dem Richter die eigene Aeſtimation der Sache unmöglich gemacht hat [r]). Auch dieſer Eid hat die Natur eines Beweismittels, und dieſe beſtimmt die Stellung des Richters ſeinem Inhalt gegenüber, ſo daß er noch immer möglicherweiſe den Beklagten abſolviren, oder in weniger condemniren kann [s]).

---

p) L. 1. 31 D. de iureiur. (12, 2). Immer iſt es der Richter, der dieſen Eid auflegt; gleichgültig iſt dabey, ob der erſte Anſtoß von ihm oder von einer Partey ausgeht, welche dieſe Auskunft vorſchlägt: ihrem Gegner den Eid deferirt; es iſt nicht zu zweifeln, daß letzteres ſchon in der dritten Periode vorkam, ſ. z. B. L. 21 D. de dolo (4, 3), nur darf man dabey nicht vergeſſen, daß der Erfolg einer ſolchen Delation dem Ermeſſen des Richters unterlag. Eine viel beſtimmtere Ordnung ſchon hat Juſtinian der Sache gegeben L. 11. 12 C. de reb. cred. (4, 1).

q) Dig XII. 3. Cod. V. 53: de in litem iurando.

r) L. 2 pr. 5 pr. §. 4 L. 6 D. eod. *s*) L. 5 §. 2 D. eod.

Bey der Beurtheilung der von den beiden Parteien geführten oder verſuchten Beweiſe, und dem Einfluß dieſer Beurtheilung auf die Sentenz, hat es die größte Wichtigkeit, wem von ihnen der Beweis obliegt, theils überhaupt, theils in Beziehung auf eine gewiſſe Thatſache [t]). Dieſe Beweislaſt, onus probandi, hängt theils von der Parteirolle, theils von den Thatſachen ab, um die es ſich handelt. Was das erſtere anbelangt, ſo trifft die Beweislaſt vor allem den Kläger, ſie iſt ein onus petitoris (und ſomit commodum possessoris), und petitoris partes sustinere heißt ſo viel als de iure suo probare debere; wenn daher der Kläger nicht bewieſen hat, was ihm obliegt, ſo iſt der Beklagte zu abſolviren, auch wenn er gleichfalls keinen Beweis geführt hätte [u]). Erſt wenn der Kläger bewieſen hat, trifft die Reihe den Beklagten, in Beziehung auf ſeine Exceptionen, ſeine auf beſondere Thatſachen gegründeten Negationen (z. B. Zahlung), oder auch, wenn er dieſen Weg einſchlagen will, in Beziehung auf einen Gegenbeweis (Beweis des Gegentheils von dem, was der Kläger zu beweiſen hat), wodurch er den von dem Kläger geführten Beweis entkräften kann. Was ſodann die Thatſachen anlangt, die zu beweiſen ſind, ſo bilden den Gegenſtand der Beweislaſt nur die, welche von der fraglichen Partey zur Begründung ihrer Anſprüche vorgebracht ſind, die Unwahrheit der von dem Gegner vorgebrachten hat ſie vermöge des onus probandi nicht zu beweiſen (von dem Gegenbeweis kann man nicht ſagen, daß er jemanden obliegt): ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat [v]). Es giebt aber Thatſachen, welche zu vermuthen ſind, bis das Gegentheil erwieſen wird, praesumtiones; wer

---

t) Von dieſer Frage beſonders handeln die Titel: Dig. XXII. 3: de probationibus et praesumtionibus, Cod. IV. 19: de probationibus.

u) L. 21 D. L. 2. 8 C. de probat. L. 4 C. de edendo (2, 1) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6) L. 15 D. de O. N. N. (39, 1).

v) L. 2 D. de probat. (22, 3) L. 23 C. eod. (4,19).

eine ſolche behauptet, iſt daher von dem Beweis derſelben befreit, die Beweislaſt in Beziehung auf ſie geht auf den Gegner über, der die Nichtexiſtenz behauptet, wie z. B. die Fortdauer eines einmal entſtandenen Rechts vermuthet wird, daher der das Aufhören deſſelben Behauptende es beweiſen muß: wer ein Recht behauptet, braucht nur die Erwerbung deſſelben zu beweiſen, nicht, was auch in ſeiner Behauptung liegt, daß er es jetzt noch habe[w]). Dieß ſind die Grundſätze, nach welchen der Richter die Folgen der geführten oder nicht geführten Beweiſe zu bemeſſen hat; die freie Stellung freilich des römiſchen Judex gegenüber den beweiſenden Parteien äußert ſich, wie hinſichtlich der Wirkſamkeit der Beweismittel, ſo auch in Beziehung auf die Beweislaſt, er konnte individuelle Umſtände berückſichtigen und auf ſich wirken laſſen, die in beſtimmte Regeln nicht zu faſſen ſind[x]). Dieſe Stellung des Richters, welche die Beweisfrage in der Hauptſache ſeinem Gewiſſen übergab (wobey auf der andern Seite in ſeiner Inſtruction durch die Formula und vor allem in der vollkommenen Oeffentlichkeit der Verhandlungen eine nicht geringere Garantie gegen Willkühr lag, als eine Beſchränkung durch möglichſt beſtimmte Beweisregeln bieten kann), mußte aber zugleich die Folge haben, daß dem Richter erlaubt war, wenn er in ſich zu keiner Ueberzeugung kommen konnte, durch den Eid: sibi non liquere von der Nothwendigkeit, die Sentenz zu ſprechen, ſich zu befreien[y]).

Die Verhandlung in iudicio wird nicht, wie die in iure (§. 160) dadurch gehindert, daß der Beklagte ausbleibt[z]). Der Kläger hat denn auch kein Intereſſe, ihn zur Erſcheinung vor dem Judex zu verpflichten, die cautio iudicio sisti (§. 160)

---

w) S. z. B. L. 1 C. eod.

x) Bethmann-Hollweg Verſuche S. 321.

y) Gell. XIV. 2.

z) Bethmann-Hollweg Handbuch I. S. 285 ff.

bezieht ſich nur auf die Stellung in iure nicht auf die in iudicio[aa]). Erſcheint der Beklagte nicht, ſo iſt dem Kläger die einſeitige Fortſetzung geſtattet, iudicium desertum, eremodicium, und der Richter ſpricht auf den von ihm geführten Beweis die Sentenz[bb]), nur muß die denuntiatio, durch welche der Kläger den Beklagten vor den Richter entbietet, dreimal wiederholt worden ſeyn[cc]). Eben ſo konnte der Beklagte, wenn der Kläger ausblieb, das Eremodicium fordern, und in Folge deſſelben abſolvirt werden, was nach dem Grundſatz: actore non probante reus absolvitur nicht ausbleiben kann[dd]). Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine Partey durch rechtmäßige Urſache verhindert iſt, vor dem Richter zu erſcheinen, hier geſchieht eine Dilation, der Richter beſtellt die Parteien auf einen andern Tag.[ee])

---

aa) Sie iſt eine cautio iudicio *ordinando* nicht *ordinato* sisti.

bb) L. 13 pr. D. iudic. solvi (46, 7) L. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5) L. 7 in f. D. de minor. (4, 4). Die Vorſchrift der XII Tafeln: post meridiem praesenti litem addicito (§. 158) geht auf den Magiſtrat und auf den Judex. (Dieß ergiebt ſich aus dem Vorhergehenden: ni pagunt *in comitio aut in foro* ante meridiem causa coniicito (oder coniiciunto), quom perorant ambo praesentes. Daß die causae coniectio vor dem Judex geſchieht (Gai. IV. 15. Gell. V. 10 (§. 172 Note 5) L. 1 D. de R. I. (50, 17) Afranius ap. Non. p. 267 Mercer.: causam coniicere hodie ad te volo, Ambon' adestis, profuturos arbitror), nöthigt nicht, die ganze Vorſchrift mit Huschke in analect. litt. p. 106. und Wetzell, Vindicationsprozeß S. 54 — 57 auf den Judex einzuſchränken. R.)

cc) Paul. sent. V. 5 a, 7.

dd) L. 28 pr. D. de appell. (49, 1) L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12); in der letzteren Stelle wird dieſer Unterſchied zwiſchen dem Eremodicium des Beklagten und des Klägers ausdrücklich gemacht.

ee) Auf die §. 158 a. A. mitgetheilten Worte der Zwölf Tafeln kam folgende Vorſchrift, die ſich eben ſo auf das Erſcheinen vor dem Judex wie vor dem Magiſtrat bezieht (Ulpian L. 2 §. 3 D. si quis caut. 2, 11 wendet ſie auf dieſen letzteren Fall an): nach Aufzählung der iustae causae (namentlich morbus sonticus und status dies cum hoste) „si quid horum fuat unum iudici arbitrove reove eo die, (ſo iſt zu

Eine ſolche Beſcheidung auf einen andern Tag giebt der Richter auch, wenn die Sache an dem gegenwärtigen wegen der Länge der Verhandlungen nicht zu Ende kommt, oder um, wenn die Verhandlungen beendigt ſind, die Sentenz zu erwägen.

b. Sentenz.

CLXXV. Schon während der Verhandlungen giebt es für den Richter mehrfache Veranlaſſung Beſcheide an die Parteien zu erlaſſen (interlocutiones), wodurch er die Verhandlungen leitet; ein ſolcher vorbereitender Spruch iſt auch das Arbitrium bey den arbitrariae actiones (§. 166). Das Ziel aber des ganzen Verfahrens iſt die sententia, das Endurtheil, deſſen Bedeutung die Worte res iudicata ausſprechen[a]).

Der Inhalt der Sentenz beſtimmt ſich nach der Formel. Es giebt Formeln, die keine Condemnatio enthalten: die praeiudiciales formulae (§. 167), hier enthält auch die Sentenz weder Condemnation noch Abſolution, der Richter ſpricht ſich nur über die Thatſache aus, deren Unterſuchung ihm vorgelegt iſt z. B. ingenuum videri, oder: servum non videri[b]). In allen andern Fällen enthält die Sentenz Condemnation oder Abſolution, nur daß bey den Theilungsklagen noch ein zweiter Inhalt, der vorausgeht, hinzukommt: die Adjudication (§. 166 a. A. 167), wodurch der Richter die gemeinſchaftliche Sache theilt, jedem alſo ſeinen Theil, wie er ihn beſtimmt, zuſpricht. Der hauptſächlichſte Inhalt der Sentenz iſt immer Condemnation oder Abſolution, daher er gewöhnlich

---

interpungiren) diffensus esto.“ Dieſes Wort hat dieſelbe Bedeutung wie in der ſpäteren Sprache dilatio, Müller supplem. annot. in Festum p. 401.

a) Dig XLII. 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. Paul. sent. V. 5 a: de effectu sententiarum et finibus litium. Cod. VII. 45: de sententiis et interloc. omnium iudicum.

b) L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12).

allein hervorgehoben wird[c]). Eine ſolche Sentenz kann nur den Beklagten entweder condemniren oder abſolviren, nicht der Kläger kann condemnirt werden, nur daß es einige Judicia giebt, in denen beide Parteien als Kläger und Beklagte gelten (iudicia duplicia oder auch mixtae actiones[d]); bey den Theilungsklagen iſt die Condemnation der Formel auf beide Parteien gerichtet (§. 167), ſie ſind wahrhaft doppelte Judicia, bey dem interdictum uti possidetis und utrubi gilt dieß von der Formel des Interdicts, die Judicia ſelbſt (auf die Sponſionen, Licitationsſumme, Herausgabe der Sache §. 169) ſind einfache. — Die condemnatoriſche Sentenz aber iſt nichtig, wenn ſie nicht auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtet iſt, mag übrigens der Gegenſtand der Forderung ſelbſt ſeyn, welcher er wolle, eine andere Sache hat der Richter zu Geld anzuſchlagen, eine geforderte unbeſtimmte Summe zu beſtimmen[e]). Ueberhaupt endlich iſt eine Sentenz ihres Inhalts wegen nichtig, wenn der Richter einen unzweifelhaften Rechtsſatz darin aus den Augen geſetzt, namentlich wenn er das für dieſen Fall gegebene Reſcript des Princeps oder Reſponſum eines autoriſirten Juriſten verworfen hat[f]), eben ſo wenn durch die

---

c) L. 1 D. de re iud. (42, 1) L. 3 C. de sent. omn. iud. (7, 45): Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi.

d) L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7). Solche ſind die Theilungsklagen (§. 167 Note h a. E.), und die interdicta uti possidetis et utrubi (§. 169).

e) Gai. IV. 48. 52. Dort wird geſagt: — iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat. Das hiernach ſonſt (d. i. vor dem Formularproceß) auch eine Condemnation in einen andern Gegenſtand als Geld möglich war, ſtimmt in der That vollkommen damit überein, daß erſt die formulae (nicht die legis actiones) eine beſtimmte Anweiſung an den Richter (und zwar in Geld) zu condemniren, enthielten.

f) L. 19 D. de appell. (48, 1). L. 1 §. 2 D. quae sent. sine appell. (49, 8). L. 32 D. de re iudic. (42, 1).

Sentenz eine frühere res iudicata aufgehoben werden würde[g]), in beiden Fällen hat der Judex ſeine Vollmacht überſchritten und nicht als Judex gehandelt.

Was die Form der Sentenz anlangt, ſo ſind vor allem, wie dieß der ganzen Geſtaltuug des Verfahrens vor dem Judex gemäß iſt, keine ſolennen Worte, die dabey gebraucht werden müßten, vorgeſchrieben[h]). Aber die Sentenz muß mündlich geſprochen werden (pronuntiare)[i]), und zwar in Gegenwart beider Parteien, ſo weit nicht eine derſelben per contumaciam (§. 174 a. E.) abweſend iſt[k]). Sind mehrere Richter beſtellt, ſo müſſen wie bey den übrigen Verhandlungen, ſo namentlich auch bey der Sentenz alle gegenwärtig ſeyn, wenn gleich die Mehrheit der Stimmen entſcheidet, ja zu Gunſten der Freiheit, und außerdem zu Gunſten des Beklagten ſchon Stimmengleichheit[l]).

Mit dem Ausſpruch der Sentenz iſt das Judicium beendigt und der Richter hat in demſelben Augenblick aufgehört, Richter zu ſeyn. Er kann daher keine Veränderung mit der Sentenz mehr vornehmen, auch wenn er unrichtig geurtheilt zu haben überzeugt wäre[m]). Daher kann die Execution einer condemnatoriſchen Sentenz nicht Sache des Judex ſeyn; es

---

g) L. 1 C. quando provoc. (7, 64). L. 1 C. sententiam resc. (7, 50). *h*) L. 59 D. de re iudic. Auch die Beifügung von Entſcheidungsgründen (ſ. z. B. L. 1 §. 1. 2 D. quae sent. sine app. 49, 8) war dem Ermeſſen des Richters anheimgeſtellt.

i) L. 1 C. de sententiis ex periculo recitandis (7, 44). Periculum heißt hier das Concept, deſſen ſich der Richter zu ſeiner Bequemlichkeit bedient. Ohne Zweifel pflegten die Richter ſchon in älterer Zeit ſich die Sentenzen, die ſie ſprachen, vorzumerken, um ſpäter Auskunft darüber geben zu können.

k) Paul. sent. V. 5 a, 6. L. 47 pr. 60 D. de re iud. (42, 1). Cod. VII. 43: quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente.

l) L. 36 — 39 D. de re iud. (42, 1).

m) L. 55. 62 D. eod.

entſteht daraus die actio iudicati, mit welcher die Execution erſt wieder bey dem Prätor geſucht werden muß.

In dieſer Beendigung des Judiciums, und daher des von ſeinem Ausgang abhängig gemachten Rechtsſtreits, liegt denn auch die Wirkung der richterlichen Sentenz, die mit dem Ausdruck res iudicata bezeichnet wird[n]). Der Rechtsſtreit iſt beendigt, er kann daher nicht wiederholt werden, und an die Stelle des in iudicium deducirten Rechtsverhältniſſes tritt der Inhalt der Sentenz[o]). Dieſe Wirkung leitet ſich ihrem Urſprung nach ſchon von der Litisconteſtation her, durch welche die Sache in iudicium deducirt, und ſomit von der Sentenz abhängig gemacht worden iſt. Und zwar gilt dieß von den zwey Richtungen, welche die Wirkung der Sentenz hat: die Erneuerung des alten Anſpruchs zu verhindern, und den Inhalt der Sentenz an ſeine Stelle zu ſetzen. Dort tritt die exceptio rei iudicatae an die Stelle der exceptio rei in iudicium deductae, die vor der Sentenz ſtattfand, und hat mit dieſer ihre Natur gemein (§. 172)[p]), hier iſt es ebenfalls die Deductio in Judicium, welche dem Inhalt der Sentenz jene Kraft giebt. Es iſt mit einem Wort das Judicium, welches dieſe Wirkungen hat, theils in ſeiner Einführung (Litisconteſtation), theils in ſeinem Beſchluß (Sentenz). Aus dieſem Urſprung der Wirkung des richterlichen Urtheils folgt denn zugleich, daß ſie dem Decret des Magiſtrats nicht zukommt (Note n), und daß der Satz: res iudicata pro veritate accipitur[q]) nur für die gilt,

---

n) Dieſe Wirkung gilt aber auch zunächſt nur von dem Urtheil eines Richters, nicht von dem Decret eines Magiſtrats (§. 176). Bey Paul. sent. V. 5 a, 1 iſt zu leſen: res iudicatae videntur *a iudicibus qui* ab his qui imperium potestatemve habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur etc.

o) L. 1 D. de re iud. (42, 1). L. 6 D. de exc. rei iud. (44. 2) Terent. Phorm. II. 3, 56 sqq. Gai. III. 180. 181. IV. 106—108.

p) Bethmann-Hollweg Verſuche S. 151. 152 Note 23.

q) L. 207 D. de R. I. (50, 17) vgl. L. 25 D. de statu hom. (1, 5).

welche in dieſem Judicium als Parteien ſtanden, oder für welche die Deductio in Judicium durch dieſelben aus irgend einem Grund verbindlich iſt, nicht für Andere [r]).

Specieller beſtimmt ſich die Wirkung des richterlichen Urtheils nach ſeinem verſchiedenen möglichen Inhalt folgendergeſtalt. Bey den Präjudicien iſt die Thatſache, wie ſie der Richter ausſpricht, als wahr zu betrachten z. B. daß die fragliche Perſon frey, oder daß ſie Sclave des Andern, daß ſie freigeboren, oder der Freigelaſſene eines Andern ſey, oder ſein Kind oder nicht. Ja dieſer Ausſpruch über den Status der Perſon hat nicht bloß Wahrheit für den Gegner, mit dem der Proceß geführt worden iſt, ſondern für Alle, weil es ſich hier nicht um ein reines Privatrecht, ſondern um ein Verhältniß von mehr oder weniger gemeinem Intereſſe handelt, deſſen Vertreter daher gewiſſermaßen die Proceßführenden ſind [s]). Eben darum kann aber auch jeder (am unbeſchränkteſten bey der liberalis causa) ein ſolches Urtheil aus dem Grund innerhalb fünf Jahren anfechten, daß der Proceß nur zum Schein, um abſichtlich einer Perſon durch die Sentenz den fraglichen Stand zu verſchaffen, geführt worden ſey [t]), ja der, deſſen Rechte (als Patron des zum Ingenuus, als Herrn des zum Freien Geſprochenen) durch den hinter ſeinem Rücken geführten Proceß beeinträchtigt ſind, ſogar ohne auf jenes Quinquennium beſchränkt zu ſeyn, vielmehr iſt in dieſem Fall, wo es an einem iustus contradictor gefehlt hat, die Sentenz ſelbſt nichtig, und wirkt gar nicht die exceptio rei iudicatae [u]). Jene höhere und weitere Wirkung einer ſolchen res iudicata wird mit den Worten ius facit bezeichnet (Bd. I §. 111 S. 530). Daſſelbe gilt von dem Urtheil über die Inofficioſität

---

r) L. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2).

s) L. 25 D. de statu hom. (1, 5) L. 2. 3 pr. D. de agnosc. lib. (25, 3). *t*) Dig. XL. 16: de collusione detegenda.

u) L. 3 D. eod. L. 42 D. de lib. causa (40, 12).

eines Teſtaments, wodurch dem Teſtator gewiſſermaßen die testamenti factio (alſo ein Theil ſeiner Rechtsfähigkeit) abgeſprochen wird[v]), ferner wenn ſonſt die Ungültigkeit des Teſtaments gegen den darin eingeſetzten Erben ausgeſprochen iſt, was gegen jeden gilt, der ſich auf das Teſtament beruft[w]), und wie gewiſſe Klagen (Popularklagen) von jedem Bürger, als Vertreter des Volks, angeſtellt werden können, ſo gilt auch Judicium und Sentenz hier gegen jeden[x]), auch in dieſen Fällen allen mit der Ausnahme eines illuſoriſch geführten oder durch Contumacia verlorenen Proceſſes[y]). Bey der Adjudication geſtaltet ſich die Wirkung der res iudicata dahin, daß die bisher beſtandene Gemeinſchaft der Sache aufhört, und jede Partey Eigenthümer deſſen wird, was ihr der Richter adjudicirt[z]). Eine condemnatoriſche Sentenz verpflichtet den Verurtheilten, die Summe der Condemnation zu zahlen, gleichviel ob er mit Recht oder Unrecht verurtheilt worden iſt, die Sentenz iſt für ſich ſelbſt eine causa obligationis (iudicati obligatio)[aa]), ſie wird mit der iudicati actio geltend gemacht; eine abſolutoriſche befreit den Beklagten mittelſt der exceptio rei iudicatae, alſo freilich nur ſo weit dieſe in ihrer Wirkung reicht[bb]). Aber nicht bloß dieſer ausdrückliche Inhalt der Sentenz, ſondern auch die Entſcheidung, auf die er ſich gründet, z. B. die Anerkennung des Eigenthums des Klägers, die darin liegt, daß der Beklagte in Folge der in rem actio con-

---

v) L. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2).

w) L. 50 §. 1 D. de leg. I. (30) L. 14 D. de appell. (49, 1).

x) L. 3 pr. de pop. act. (47, 23).

y) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1).

z) L. 36 D. fam. erc. (10, 2) vgl. L. 20 §. 4 eod. L. 17 D. de usurp. (41, 3). *aa*) L. 3 §. 11 D. de pec. (15, 1).

bb) Wenn z. B. der Schuldner für die Schuld ein Pfand beſtellt hat, und auf die perſönliche Klage abſolvirt wird, ſo wird auch das Pfand befreit; ein dritter Beſitzer des Pfands dagegen kann der hypothekariſchen Klage des Gläubigers die exceptio rei iudicatae nicht entgegenſetzen.

demnirt worden iſt, oder die Entſcheidung, daß der Kläger nicht Eigenthümer ſey, welche in der Abſolution des Beklagten liegt, wird als Wahrheit und res iudicata betrachtet, und verſchafft daher der Partey, zu deren Gunſten der Ausſpruch lautet, wenn der Gegner künftig einen ihm zuwiderlaufenden Anſpruch erhebt, die ihn zurückweiſende Berufung auf res iudicata[cc]). Auch dieß folgt aus dem Princip, denn es handelt ſich hier gerade um den Grund der Klage, der in iudicium deducirt iſt, und über den entſchieden werden ſoll.

Nur über das was in iudicium deducirt iſt, hat der Richter zu ſprechen und ſein Ausſpruch jene Kraft. Die Frage, ob gegen einen Anſpruch die exceptio rei iudicatae ſtattfinde, hängt daher von der ab, ob das was in dem früheren Proceß in iudicium deducirt wurde, identiſch iſt mit dem, was jetzt der richterlichen Unterſuchung und Entſcheidung unterworfen werden ſoll. Zum Theil wird ſich dieß aus der Intentio der Klage erkennen laſſen, aber dieß reicht nicht hin, die Intentio könnte in beiden Fällen ganz gleich lauten, und doch der Fall ein ganz verſchiedener ſeyn[dd]); umgekehrt kann eine Verſchiedenheit der Intentionen ſeyn, und doch dieſelbe Rechtsſache damals und jetzt in iudicium deducirt werden, ſo daß alſo die

---

cc) Z. B. L. 15. 30 §. 1 D. de except. rei iud. (44, 2).

dd) So wenn jemand früher geklagt hat: si paret hominem Stichum actoris esse, und abgewieſen worden iſt, er hat aber ſeit dieſer Zeit das Eigenthum erworben, ſo klagt er wieder ganz mit derſelben Intentio, und dennoch ſteht ihm die exceptio nicht entgegen, denn in dem früheren Proceß war natürlich das damalige Eigenthum in iudicium deducirt, nicht das jetzige, das dominium postea adquisitum, der frühere Richter hat ausgeſprochen, daß der Kläger nicht Eigenthümer ſey, nicht daß er es niemals ſeyn werde L. 11 §. 4. 5 D. de exc. rei iud. (44, 2). Ferner die frühere intentio kann gelautet haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, und die jetzige ganz eben ſo gefaßt ſeyn, aber wenn es verſchiedene Obligationen ſind, ſo ſteht die exceptio nicht entgegen, vgl. auch L. 21 pr. D. eod.

exceptio rei iudicatae der Verſchiedenheit der Klage ungeachtet entgegenſteht[ee]).

Für die Frage, was in iudicium deducirt ſey, iſt entſcheidend bey Obligationen die origo petitionis, die Entſtehung der Forderung; wenn auf denſelben Gegenſtand wie früher, aber aus einem andern Obligationsgrund geklagt wird, ſo ſteht die exceptio rei iudicatae nicht entgegen[ff]). Bey in rem actiones iſt es umgekehrt der Gegenſtand der Petitio, welcher entſcheidet, die origo petitionis iſt gleichgültig; wer geklagt hat: si paret fundum eius esse, oder ius eundi agendi eius esse, dem ſteht die exceptio bey der Wiederholung dieſer Klagen entgegen, wenn gleich er jetzt einen andern Erwerbsgrund für ſein Eigenthum, für ſeine Servitus anführt, als früher, wenn er früher z. B. auf Mancipation ſich berufen hatte, und jetzt hofft mit dem Grund der In Jure Ceſſio oder Uſucapio durchzukommen[gg]). Denn es iſt daſſelbe Eigenthum, dieſelbe Servitut, die in iudicium deducirt war, und die nun wieder

---

ee) L. 3. 7 §. 4 D. eod.: Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, *vel alio genere iudicii.* — Als Beiſpiel wird hier gegeben die hereditatis petitio und die rei vindicatio wegen derſelben Sache, die Intentio war dort: si paret hereditatem (worin auch dieſe Sache mit begriffen), hier iſt ſie: si paret rem q. d. a. actoris esse. Ein anderes Beiſpiel iſt die Klage aus einem Depoſitum mit einer formula in ius und mit einer in factum concepta, oder die mit dem interdictum quorum bonorum und der possessoria hereditatis petitio.

ff) L. 14 §. 2 D. eod.: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla eorum alterius petitione vitiatur —. Ob bey der früheren Klage eine beſtimmte causa ausgedrückt war oder nicht (§. 167 Note d) iſt ganz gleichgültig, es kommt nur darauf an, über welche causa verhandelt und von dem Richter entſchieden worden iſt, ſ. Note dd.

gg) L. 11 §. 4 D. eod.: Eandem causam facit etiam origo petitionis —. L. 11 §. 1 eod. Es kommt an auf die causa proxima actionis, nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset — L. 27 eod.

in Frage geſtellt werden ſoll. Während es eine andere Obligatio iſt, wenn ſie auf einen andern Entſtehungsgrund geſtützt wird, ſo iſt es ſtets daſſelbe Eigenthum, das durch die verſchiedenen möglichen Erwerbsarten entſteht. Bey den actiones in personam wird gewöhnlich die causa obligationis ausgedrückt (ſo bey allen Formeln mit einer Demonſtration, ferner bey allen in factum actiones, und auch bey andern iſt es wenigſtens zuläßig), aber davon hängt die Statthaftigkeit der exceptio rei iudicatae nicht ab (Note ff), bey in rem actiones wird die Erwerbsart nicht ausgedrückt (§. 167 Note e), wäre es aber auch geſchehen, ſo würde es hier für die exceptio rei iudicatae eben ſo irrelevant geweſen ſeyn, wie dort. Wäre es auch zuläßig geweſen zu klagen: si paret rem actoris esse ex causa mancipationis, ſo hätte es keinem römiſchen Juriſten in den Sinn kommen können, zu behaupten, dadurch ſey nicht das Eigenthum, ſondern die Mancipation in iudicium deducirt[hh]). Einem Kläger, der aus Verſehen einen falſchen Weg eingeſchlagen, und bey der früheren Vindication eine Cauſa, die ihn nicht zum Ziele führte, gewählt hat, kann nur durch in integrum restitutio geholfen werden[ii]).

---

hh) Dieß zeigt ſich klar in der Entſcheidung über die hereditatis petitio und rei vindicatio Note ee.

ii) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2). — Aus dem Bisherigen ergiebt ſich von ſelbſt die Erklärung von L. 11 §. 2 eod.: — si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. Wenn der Juriſt ſich nicht in einem Athem widerſprechen ſoll, ſo kann causa adiecta nichts anderes heißen, als: wenn wirklich eine neue causa nachher hinzugekommen iſt, alſo ein postea adquisitum dominium geltend gemacht wird (Note dd). Ferner L. 14 §. 2 D. eod. (nach den Note ff ſtehenden Worten): at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Schon dieſer Grund zeigt auf das Evidenteſte, daß der Satz ein abſoluter iſt, daß nicht etwa zuweilen non omnes causae adprehenduntur, denn dieß würde involviren: zuweilen kann eine Sache amplius quam semel mea esse, was Unſinn wäre.

D. Verfahren extra Ordinem.

CLXXVI. Es iſt oben bemerkt worden (§. 150 a. E.), daß der regelmäßige Weg für die Entſcheidung von Rechtsſtreitigkeiten (iuris ordinarii exsecutio, wie er auch, — ordo judiciorum privatorum, wie er gewöhnlich genannt wird) in manchen Fällen verlaſſen worden iſt, und daß dieſe Ausnahmen ſich nach und nach vermehrten. Von jeher hatten die Magiſtrate vieles durch Decret nach vorausgegangener eigner Unterſuchung (causae cognitio) zu entſcheiden. Dieſe cognitiones haben zum Theil auf einen Rechtsſtreit gar keinen Bezug[a]), zum Theil ſtehen ſie mit einem Rechtsſtreit in vorbereitendem oder ergänzendem Zuſammenhang[b]), zum Theil endlich ſind ſie beſtimmt, einen Rechtsſtreit vollſtändig der Unterſuchung und Entſcheidung des Magiſtrats zu überweiſen. Mit den letzteren haben wir es hier zunächſt zu thun[c]). Urſprünglich waren die Fälle nur ſolche, wo ein eigentliches Judicium unter den ſtreitenden Perſonen oder über das ſtreitige Verhältniß entweder nach hergebrachtem Recht nicht möglich und dem Geiſt deſſelben zuwider war, oder wenigſtens in perſönlicher oder ſachlicher Hinſicht der Anſpruch etwas außerordentliches hatte, welches den Gedanken an ſeine Einfügung in den Ordo Judiciorum entfernte. Daher werden extra ordinem von dem Magiſtrat behandelt alle Beſchwerden der Sclaven über ihre Herren (wegen ſchlechter Behandlung, verweigerter Freilaſſung, wo der Sclave einen Anſpruch darauf hat u. ſ. f.), der Freigelaſſenen

---

Das non expressa causa kann daher auf keinen Fall den Sinn haben, daß alles anders ſey, wenn es dem Kläger beliebe, einen Erwerbsgrund in die Formel ſetzen zu laſſen. Puchta über die expressa causa bey der Eigenthumsklage, Rhein. Muſeum II S. 251 ff. III S. 467 ff.

a) Z. B. das Decret, wodurch der Prätor die Veräußerung von pupillariſchen Sachen ex oratione imp. Severi erlaubt.

b) Dahin gehören die meiſten Fälle: Auflegung von Cautionen, proviſoriſche Einweiſung in Güter, In integrum Reſtitutio, Executionsmaßregeln. *c*) Dig. L. 13: de extraordinariis cognitionibus.

über ihre Patrone, und hinwiederum dieſer über jene, der Kinder über die Väter, in deren Gewalt ſie ſind (z. B. bey dem Anſpruch auf Emancipation), und der Väter über die Kinder[d]), Anſprüche auf Alimentation zwiſchen Eltern und Kindern, Patronen und Freigelaſſenen[e]), zwiſchen Vormund und Mündel[f]), überhaupt das Verfahren gegen einen widerſpenſtigen oder ſuſpecten Vormund[g]), die Anſprüche aus Fideicommiſſen[h]), die Honorarforderungen der Lehrer, Advocaten, ſonſtigen Geſchäftsmänner, der Dienſtlohn der Ammen u. dgl. Eine der wichtigſten Anwendungen endlich dieſes Verfahrens war in der dritten Periode die Appellation (§. 181).

Die Klagen, die in dieſem außerordentlichen Verfahren angebracht werden, heißen persecutiones, extraordinariae persecutiones[i]). Das Anliegen wird von dem Kläger einſeitig bey dem Magiſtrat angebracht, der Beklagte wird von dieſem durch einen Lictor vorgeladen[k]). Iſt er ungehorſam, ſo

---

d) S. Z. B. L. 1 §. 1. 2. 10 D. de off. pr. urbi (1, 12) §. 2 I. de his qui sui (1, 8). *e*) L. 5. 6 D. de agnosc. lib. (25, 3) vgl. Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. VI S. 238 Note 1.

f) L. 3. 6 D. ubi pup. (27, 2).

g) L. 1 pr. D. de admin. tut. (26, 7) u. a.

h) Gai. II. 278. Ulp. XXV. 12: fideicommissa non per formulam petuntur ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum etc. — Einen beſondern Zweck, Abſchreckung von Mißbräuchen durch energiſcheres Verfahren, hatte die von Nero angeordnete extraordinaria cognitio gegen Publicani Tac. ann. XIII. 51.

i) Persecutio heißt überhaupt Verfolgung eines Rechts auf dem gerichtlichen Weg L. 2 §. 3 D. de hered. vend. (18, 4) L. 17 D. de pignor. (20, 1), darum auch die actio L. 28 D. de O. et A. (44, 7), aber im engern Sinne die persecutio ohne actio (ohne formula) die bloße persecutio, alſo die extraordinaria L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16).

k) Dieß iſt das evocari a praetore (z. B. L. 1 §. 2. 3 D. de inspic. ventre (25, 4) L. 26 §. 7 D. de fid. lib. (40, 5)), welches hier die Stelle der in ius vocatio vertritt; von der letzteren war bey dieſem Verfahren keine Anwendung zu machen. Späterhin hat der Prätor auch wohl dem Kläger die Evocation durch denuntiatio überlaſſen.

wird er in Strafe genommen[l]), bleibt dieſe fruchtlos oder kann er nicht getroffen werden, ſo wird er durch drey in Zwiſchenräumen von zehn Tagen erlaſſene Edicte aufgefordert zu erſcheinen, zuletzt (regelmäßig als viertes, unter Umſtänden auch wohl ſtatt des erſten, zweiten ꝛc.) wird ein edictum peremtorium erlaſſen, d. h. mit der Drohung, daß ohne ihn unterſucht und entſchieden werden würde. Dieß geſchieht ſodann in derſelben Art, wie wenn er zugegen wäre[m]). Erſcheinen die Parteien am Tag der Verhandlung, ſo nimmt der Prätor die Cognitio vor, wofür eben ſo wenig eine beſtimmte Form gegeben iſt, als für die Cognition des Judex im ordentlichen Verfahren. Der Prätor kann für gewiſſe Punkte dieſer Unterſuchung, ſo namentlich für Schätzungen die dabey vorkommen, Arbitri ernennen[n]), dadurch wird der Charakter des Verfahrens nicht verändert, es geht darum nicht in ein iudicium über. Das Verfahren endigt ſich durch die Entſcheidung des Magiſtrats, welche decretum heißt. Sie unterſcheidet ſich von der sententia iudicis dadurch, daß ihre Wirkung lediglich von dem Imperium des Decernenten abhängt, das Decretum hat nur den Effect, den der Magiſtrat vermöge ſeiner Amtsgewalt ihm geben kann; es hat keine verbindende Kraft für andere ihm nicht ſubordinirte Magiſtrate, während res iudicata Rechte giebt, die für die betheiligten Perſonen jede Behörde anzuerkennen hat[o]). Daher iſt das Decret auch für den Decernenten

---

l) Varro bey Gell. XI. 1: „M. Terentius quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego eum unam ovem multam dico.“

m) L. 68—73 D. de iudic. (5, 1) L. 26 §. 9 D. de fid. lib. (40, 5). Vgl. Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 287 f.

n) So für die Schätzung der Größe der Alimente L. 5 §. 25 D. de agnosc. lib. (25, 3), der Idoneität der zu leiſtenden Caution L. 9 D. qui satisd. cog. (2, 8).

o) Die exceptio rei iudicatae kann auch vor einem andern Magiſtrat, als der den Judex beſtellte, gebraucht werden, eben ſo auch die actio iudicati. Nur kann der Anſtellung der letzteren an einem andern Ort die pluspetitio loco entgegenſtehen; daraus iſt zu erklären L. 45

ſelbſt etwas widerrufliches, das Imperium, auf dem es beruht, kann es auch wieder aufheben[p]). Von jener Beſchränkung der Wirkſamkeit machten die decreta principum vermöge der Ausnahmsſtellung ihrer Urheber eine Ausnahme. Ihre Verfügungen galten wie iussus populi, alle Magiſtrate wurden als ihnen ſubordinirt und als verbunden betrachtet, ihre Befehle zu empfangen und auszuführen.

CLXXVII. Eine eigenthümliche Anwendung erhielt das Verfahren extra ordinem bey der In integrum Reſtitutio. Von dieſem Inſtitut iſt hier zunächſt die proceſſualiſche Seite darzuſtellen, die materielle gehört an einen andern Ort (§. 209), dennoch muß eine Betrachtung ſeines Weſens ſchon hier vorausgenommen werden, da dieſes auch auf ſeine proceſſualiſche Behandlung von Einfluß iſt.

Die rechtliche Ordnung iſt dem Menſchen als eine Wohlthat gegeben, ohne welche auch ſein individuelles Wohl nicht geſichert wäre. Dieß ſchließt die Möglichkeit nicht aus, daß ſie nicht unter Umſtänden für den Einzelnen in das Gegentheil umſchlagen, ihm zum Nachtheil gereichen kann. So iſt, um zunächſt ein Beiſpiel von der Ordnung des Proceſſes ſelbſt zu nehmen, jene Einrichtung der Rechtshülfe durch Formulä, worin die Anſprüche der Parteien formirt, und ſo vorbereitet dem Richter zur Unterſuchung überliefert werden, im Intereſſe der Gerechtigkeit und zum Vortheil der Rechtſuchenden gemacht. Daß namentlich in gewiſſen Fällen eine certa intentio, daß eine condemnatio certae pecuniae gegeben wird,

---

§. 1 D. de iud. (5, 1) und L. 15 pr. §. 1 D. de re iud. (42, 1), die letzten Stellen ſind überdieß interpolirt. Die Ausführung des Decrets kann keinem andern Magiſtrat (an dieſem oder einem andern Ort) zugemuthet werden.

p) L. 14 D. de re iud. (42, 1). (Doch iſt dieß ſpäter in Anſehung der eigentlichen Entſcheidungen der Magiſtrate geändert: L. 1 C. sententiam rescindi. non posse (7, 3) L. 42. 46 D. de re iud. (42, 1). L. 27 pr. D. de poenis (48, 19) L. 5. C. Th. de sent. ex peric. (4, 17). R.)

dieſe Vereinfachung und Beſchränkung des richterlichen Officiums iſt ohne Zweifel ein Gewinn für den Kläger, der ſich mit einer ſolchen beſtimmten Forderung durch Stipulation ꝛc. einer beſtimmten Summe vorgeſehen hat. Er kommt ſchneller und ſicherer, und unabhängiger von Ausflüchten des Beklagten oder ſubjectiven Erwägungen des Richters zu ſeinem ungeſchmälerten Recht. Und doch iſt es auf der andern Seite nicht ohne Gefahr für ihn; verſieht er ſich, und läßt ein kleines zu viel in die Intentio ſetzen, ſo verliert er die ganze Sache, läßt er zu wenig in die Condemnatio ſetzen, ſo büßt er einen Theil ſeiner Forderung ein (§. 167). So droht auf der andern Seite dem Beklagten ein Verluſt durch eine aus Verſehen zu hoch geſtellte Condemnation, oder dadurch, daß er eine Exceptio nicht, wie es hätte geſchehen müſſen, in die Formel hat ſetzen laſſen (§. 170 bey Note x). Eben ſo ſind die Friſten, die in Proceſſen für gewiſſe Handlungen oder für den Proceß überhaupt geſetzt ſind, nothwendig für die Zwecke einer möglichſt beſchleunigten, gegen bösliche Ausweichung oder Nachläßigkeit geſicherten Rechtshülfe, aber ſie führen ihrer Natur nach die Möglichkeit eines ſchweren Nachtheils durch Verſäumung mit ſich. Nicht weniger zeigt ſich dieſe Erſcheinung außer dem Proceß. Daß man durch einen längere Zeit fortgeſetzten Beſitz einer wohl überkommenen Sache ſeines Eigenthums an derſelben ſicher wird, indem dieſer fortgeſetzte Beſitz nach Ablauf der Zeit ſelbſt als eine rechtmäßige Erwerbung des Eigenthums gilt (als usucapio), und uns gegen das uns unbewußte Recht eines Andern, wenn dieſer ſich bis dahin nicht gemeldet hat, vertheidigt, iſt eine große Wohlthat, ſie hat aber freilich die Gegenſeite, daß ſie jenen Andern um ſein Eigenthum bringen kann. Ja ein jedes Rechtsgeſchäft, das ein Recht und eine Gebundenheit mit der Zuverläßigkeit feſtſetzt, ohne die kein Verkehr denkbar iſt, mag unerwarteten Verluſt für den einen, unzuſtändigen Gewinn für den andern Theil zur Folge, und überhaupt dnrch die Umſtände ein Reſultat

haben, welches von der einen Seite nicht beabſichtigt wurde, von der andern billig nicht beabſichtigt werden durfte.

So geht neben dem Recht als ein nicht Auszuſchließendes, als Schatten ein vom höheren Standpunkt als ſolches ſich darſtellendes Unrecht her. Soll nun dagegen nicht eine Hülfe bereitet werden? Hier iſt vor allem leicht einzuſehen, daß mit allzugroßem Eifer auf Beſeitigung deſſelben die erheblichen Vortheile beſtimmter rechtlicher Ordnung leicht eingebüßt werden könnten. Sie ſind nicht ohne Opfer, nicht ohne einen Preis zu haben, ſie ſind aber noch immer ein höheres Gut, als dieſer Preis eines möglichen Unrechts, wenn dieſe Möglichkeit nicht die Gränze des Ertragens überſchreitet. Erträglich aber muß ſie ſtets ſcheinen, wenn jeder durch Aufmerkſamkeit und billig zu fordernde Vorſicht bey ſeinen Handlungen den möglichen Schaden vermeiden kann. Wo wir jemanden durch tadelnswerthe Sorgloſigkeit in rechtlichen Nachtheil kommen ſehen, werden wir uns durch dieſe Folge der rechtlichen Ordnung nicht in Unruhe ſetzen laſſen[a]). Sodann aber muß in Erwägung kommen, daß jenes mögliche Unrecht häufig eine höchſt problematiſche, ſchwankende Natur hat: es iſt vielleicht ein Unrecht vom höheren Standpunkt und einer allſeitigen Umſicht, aber wer wird dieſer weiten Umſicht überall fähig ſeyn? Wenn der Verurtheilte ohne ſeine Schuld die Appellation verſäumt hat, wer will nun ſagen, ob durch ſeine Zulaſſung zur Appellation das höhere Recht gefördert werden wird, ob nicht vielmehr gerade durch ſeine Verſäumniß das in der erſten Sentenz enthaltene wahre Recht gegen alle Anfechtung geſichert iſt? Dieſe Erwägung kann nun zwar die Hülfe nicht ſchlechterdings ausſchließen, aber ſie iſt geeignet, ſie als

---

a) So wird dem Beklagten geholfen, wenn die Condemnation in der Formel zu hoch geſtellt iſt (§. 167), denn der Kläger iſt es, der gewiſſermaßen die Formel dictirt, nicht dem Kläger, der zu wenig hat in die Condemnation ſetzen laſſen, mit Ausnahme des Minderjährigen, deſſen Alter die Sorgloſigkeit entſchuldbar macht Gai. IV. 57.

etwas außerordentliches und nur mit Vorſicht zu gebrauchendes erſcheinen zu laſſen.

Die Prätoren haben in ihren Edicten unter gewiſſen Vorausſetzungen eine Hülfe gegen Nachtheile zugeſagt, welche durch das Recht ſelbſt und ſeine ſtrenge Anwendung verurſacht werden können. Dieſe Hülfe heißt von ihrem Erfolg, der Wiederherſtellung eines früheren, dem ſtrengen Recht nach aufgehobenen Zuſtands, in integrum restitutio (Wiedereinſetzung in den vorigen Stand), es wird der benachtheiligende Umſtand (z. B. der Ablauf der Zeit, das Rechtsgeſchäft) aufgehoben (reſcindirt), und das dadurch verlorne Recht oder Rechtsmittel wieder hergeſtellt[b]).

Bey jeder eigentlichen in integrum restitutio iſt der Prätor auf eine von ſeinem Verhalten im ordentlichen Verfahren verſchiedene Weiſe thätig, aber auch von dem ſonſtigen außerordentlichen Verfahren unterſcheidet ſich ſeine Thätigkeit in jenen Fällen. Der Unterſchied liegt nicht in der causae cognitio, die er vornimmt, denn abgeſehen davon, daß dieſe bey jedem Verfahren extra ordinem eintritt, kann auch das Geben einer actio davon abhängig gemacht ſeyn, ohne daß es zu einer in integrum restitutio wird[c]). Ueberhaupt iſt es nicht die Form der prätoriſchen Thätigkeit, ſondern ihr beſonderer Inhalt, der das Reſtitutionsverfahren auszeichnet, und worauf zugleich der Begriff der in integrum restitutio beruht. Und auch hier, wie ſchon bemerkt worden iſt (Note b), iſt es die Wiederherſtellung eines früheren Zuſtandes nicht allein, worin das Cha-

---

b) Jene Hülfe hat ſtets eine Wiederherſtellung zur Folge, aber nicht jede Wiederherſtellung iſt eine Folge jener Hülfe. Der Ausdruck restitutio, ja ſelbſt in integrum restitutio bedeutet nicht immer jenes beſondere Auxilium, da auch eine gewöhnliche Klage daſſelbe Reſultat haben kann, z. B. die interdicta restitutoria. Es kommt alles darauf an, auf welchem Weg dieſes Reſultat herbeigeführt wird, darin liegt das Charakteriſtiſche deſſen, was im ausgezeichneten Sinne in integrum restitutio genannt wird.

c) Z. B. L. 15 §. 34 L. 17 §. 10 D. de iniur. (47, 10).

rakteriſtiſche des auxilium in integrum restitutionis liegt; das weſentliche Merkmal iſt vielmehr die Richtung, in welcher, der Grund, aus dem die Hülfe eintritt.

Die eigenthümliche Thätigkeit des Prätors bey der Reſtitution beſteht darin, daß er über die Aufhebung eines rechtsbeſtändigen Zuſtands aus einem gerechten Grund, der eine Abweichung von dem ordentlichen Recht, eine Hülfe gegen daſſelbe fordert (die eben darum etwas außerordentliches an ſich trägt [d])) beſchließt und über die Zulaſſung dieſer iusta causa durch Decret entſcheidet [e]). Nun kommen verſchiedene Wege vor, die bey der Reſtitutionsverhandlung eingeſchlagen werden. Um dieſe genau zu erkennen, müſſen folgende Begriffe unterſchieden werden. Einmal läßt ſich die Gewährung der Reſtitution und die wirkliche Ausführung derſelben, das wirkliche Wiederbringen des früheren Zuſtandes trennen, was wir die reelle Reſtitution nennen können. Jene wiederum (die Ertheilung des auxilium restitutionis) hängt theils von der Entſcheidung ab, ob ſie unter Vorausſetzung der factiſchen Umſtände, auf die ſich der Suchende beruft, ſtatt habe [f]), theils davon, daß die behaupteten Thatſachen (z.B. die Abweſenheit, der Zwang) wirklich exiſtiren. Man kann jenes das rechtliche, dieſes das factiſche Moment der Entſcheidung nennen.

---

d) L. 16 pr. D. de minor. (4, 4): in causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium —.

e) Dieſe iustae causae, die den Prätor bewegen können, einen durch die ihnen zu Grunde liegenden Thatſachen hervorgebrachten rechtlichen Zuſtand aufzuheben, und den früheren an ſeine Stelle zu ſetzen: minor aetas, absentia, vis ac metus, dolus, error, werden im vierten Buch (§. 209) dargeſtellt werden.

f) Darauf bezieht ſich L. 3 D. de in int. rest. (4, 1): omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Die Worte an verae sint bedeuten: ob es wahre Reſtitutionsgründe ſind.

So haben wir alſo drey Punkte bey dem Reſtitutionsverfahren zu unterſcheiden: den rechtlichen Theil der Entſcheidung, den factiſchen, endlich das was die reelle Reſtitution genannt worden iſt. Nun iſt es möglich 1) daß der Prätor ſelbſt alle dieſe Punkte erledigt, indem er die Reſtitution ertheilt und zugleich ihren Erfolg, die wirkliche Beſeitigung des Nachtheils herſtellt, ohne zu dieſem Zweck ein Judicium zu geben. Dieß geſchieht vor allem, wenn es zur reellen Reſtitution einer Handlung des Gegners nicht bedarf, z. B. wenn es ſich lediglich um eine Verbeſſerung einer irrigen oder mangelhaften Formula handelt (§. 167. 170 Note x)[g]), aber es kann auch außerdem geſchehen, indem der Prätor dem Gegner die reelle Reſtitution durch ein Decret auferlegt, wie ſonſt bey einer extraordinaria cognitio[h]). 2) Der zweite Weg, der eingeſchlagen werden kann, iſt der, daß der Prätor durch Cauſä Cognitio und Decret über die Reſtitution entſcheidet, ſodann aber in Folge dieſer Entſcheidung ein Judicium ordnet, welches außerdem nicht mehr ſtattfinden würde; die reelle Reſtitution wird hier im ordentlichen Verfahren durch den Judex erlangt[i]). Dieſes durch Reſtitution und Reſciſſion des ihm entgegenſtehenden Umſtands vermittelte Judicium heißt eben darum restitutorium oder rescissorium. Der Ausgang dieſes Judiciums und ob es wirklich für den Reſtituirten einen reellen Erfolg hat, iſt mit der Reſtitution noch keineswegs garantirt[k]). In ſo fern es ſich hier um Reſtitution einer nach ordent-

---

g) Von einem ſolchen Fall ſpricht auch L. 46 §. 3 D. de procur. (3, 3). *h*) L. 13 §. 1 D. de minor. (4, 4) L. 39 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

i) L. 13 §. 1 D. de minor. (4, 4): — potest desiderare interdum adversus possessorem restitui — et hoc vel cognitione praetoria (der erſte Weg) vel rescissa alienatione dato in rem iudicio (der zweite).

k) Mein Gegner hat in meiner Abweſenheit uſucapirt, der Prätor reſtituirt mir rescissa usucapione die in rem actio, wenn ich nun dieſe erhebe, ſo iſt noch immer möglich, daß ich den Proceß verliere, wie ich

lichem Recht verlornen Klage oder Einrede handelt, könnte man dieſen Fall auch unter den erſten ſubſumiren, indem man die Ordination des Judiciums ſelbſt ſchon als reelle Reſtitution qualificirt; anders wenn man das Ziel, welches der die Reſtitution Suchende im Auge hat, berückſichtigt. 3) Endlich iſt noch ein dritter Weg denkbar, daß nämlich der Prätor nur den rechtlichen Theil der Reſtitutionsfrage entſcheidet, d. h. ob unter Vorausſetzung der factiſchen Umſtände (z. B. der erlittenen Gewalt) eine iusta causa restitutionis vorhanden ſey, indem er dem Judicium nicht bloß die reelle Reſtitution (wie unter 2), ſondern auch den Beweis ihrer thatſächlichen Begründung (z. B. daß wirklich ein Zwang ſtattgefunden habe) überläßt. Dieß geſchieht dadurch, daß der Prätor die Reſtitution zum Inhalt einer beſonderen Klage oder Einrede (z. B. actio oder exceptio metus) macht[l]). Dieſer dritte Weg liegt auf der äußerſten Gränze der wahren in integrum restitutio. Daß eine ſolche beſondere Klage oder Einrede zur wahren Reſtitution gehört, hängt davon ab, daß dem Prätor jene Unterſuchung und Entſcheidung[m]) über die „iustitia causae“ (Note f) vorbehalten bleibt, alſo jener rechtliche Theil der Entſcheidung, wozu die Ertheilung einer von dem ordentlichen Recht ſich entfernenden Hülfe auffordert. Sowie dieſe

---

ihn auch wenn es der Reſtitution nicht bedurft hätte, hätte verlieren können, z. B. weil ich mein Eigenthum nicht beweiſen kann.

l) L. 21 §. 6 D. quod metus (4, 2): si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando (der zweite Weg), aut actionem quod metus causa praestando (der dritte), ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. Dabey konnte die Frage entſtehen, wann durch Klage, wann durch Einrede geholfen werde, dieſe Frage behandelt L. 9. §. 3 D. eod., in der man mit Unrecht eine Andeutung der verſchiedenen Arten des Reſtitutionsverfahrens überhaupt hat finden wollen. Wegen der Anſichten Anderer über dieſes Verfahren vgl. Zimmern Civilproc. §. 101. Burchardi Wiedereinſetzung in den vorigen Stand §. 24. 25.

m) In L. 9 §. 3 cit. wird ſie mit dem Wort interloqui bezeichnet.

vorhergehende Entſcheidung wegfällt, oder einen andern Charakter annimmt (ſich nicht mehr auf die Colliſion zwiſchen dem beſtehenden Recht und den Forderungen einer höheren Gerechtigkeit bezieht), fallen ſolche Rechtsmittel aus dem Kreis der wahren Reſtitutionen heraus, und dieß iſt in Folge der Fortbildung des ordentlichen Rechts in nicht wenigen Fällen geſchehen [n]). So hat Dolus und Metus mehrfach aufgehört, ein eigentlicher Reſtitutionsgrund zu ſeyn, und iſt zum Grund eines ordinarium auxilium geworden. Dieß gilt namentlich von der exceptio doli oder metus, aber auch von der Klage wegen Dolus in manchen Fällen [o]). So viel leuchtet aber ohnedieß ein, daß die Reſtitution durch eine beſondere Klage oder Einrede, auch wo ſie eine ſolche noch wirklich iſt, ſich doch ſehr bedeutend von den übrigen unterſcheidet. Da der Prätor nur einen Theil der Reſtitutionsfrage erledigt, ſo kann der in Folge des prätoriſchen Decrets zu jenem Rechtsmittel Zugelaſſene noch nicht (auch abgeſehen von der reellen Reſtitution) für vollſtändig reſtituirt erachtet werden, da dieß noch von dem Urtheil des Juder über die Thatſachen abhängt. Daraus erklärt es ſich ganz wohl, daß die Juriſten öfters nur bey den zwey erſten Behandlungsarten von einer Reſtitution ſprechen und

---

n) In dieſer Weiſe hörte die Wiederherſtellung der durch capitis deminutio des Gegners verlornen Klagen auf, eine wahre restitutio zu ſeyn. Sie war es urſprünglich, und die Juriſten führten ſie herkömmlich unter den Reſtitutionsfällen fort, aber der Prätor gab ſpäter die Klagen ohne causae cognitio und die Verjährung der Reſtitution fiel weg, ſie war daher praktiſch in der That keine Reſtitution mehr; den Grund dieſer Veränderung haben wir in der Entwickelung des Rechtsbewußtſeyns zu ſuchen, dem jene Wirkung der capitis deminutio als allgemein (nicht bloß unter Umſtänden) unangemeſſen erſchien.

o) In dem Edictum perpetuum erſcheint die actio doli noch als eine Reſtitution: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, *et iusta causa esse videbitur*, iudicium dabo.“ So gab der Prätor die Klage nur ex magna et evidenti calliditate, und dieſes Requiſit zu unterſuchen behielt er ſich vor.

dieſe ſo der dritten entgegenſetzen[p]). Entſchieden endlich iſt es keine in integrum restitutio, wenn man ſich auf erlittenen Zwang oder Betrug vor dem Judex vermöge der allgemeinen Natur des Judiciums berufen kann. Dieß iſt der Fall bey den bonae fidei iudicia, deren Natur ſelbſt jene Berückſichtigung von dolus und metus dem Urtheil des Richters unterſtellt, ohne daß es eines beſondern Auxiliums, einer vom Prätor gewährten außerordentlichen Hülfe bedarf[q]).

E. Reſcriptsproceß[a]).

CLXXVIII. Unter den Principes entſtand eine eigenthümliche Einleitung des Verfahrens, die beſonders dadurch bemerkenswerth iſt, weil der größte Theil der Conſtitutiones Principum aus der dritten Periode, die wir in unſern Quellen beſitzen, ihr ſeinen Urſprung verdankt (Bd. I §. 111).

Ein Proceß kann ſofort an den Princeps gebracht werden durch eine Bittſchrift (libellus principi datus, preces, supplicatio), worin die Partey, die dieſen Weg einſchlägt, unter Vorlegung der Thatſachen, die das ſtreitige Verhältniß bilden, ihn um Entſcheidung bittet. Hier iſt nun, wenn der Princeps überall darauf eingeht, ein doppelter Fall möglich. 1) Der Princeps übernimmt die Unterſuchung, ſey es daß er ſie ſelbſt führt oder ſie einem ſeiner Beamten überträgt, der ihm darüber zu berichten hat, worauf er ſodann durch ein decretum ent-

p) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1: — potius restituere litem — quam actionem famosam (de dolo) constituere —. L. 1 §. 6 D. de dolo m. (4, 3): — etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere —. Dieſer letzte Ausſpruch hat folgenden Sinn. Die actio doli (wie auch die actio quod metus causa, obwohl es bey dieſer weniger ſtreng genommen wurde) wird nur in Ermangelung einer andern Klage gegeben, und dieß ſoll ſelbſt dann gelten, wenn eine ſolche Klage zwar nicht mehr ſtatt hat, aber durch in integrum restitutio (ſ. oben unter 2) wieder erlangt werden kann.

q) L. 3 C. quib. ex caus. mai. (2, 54).

a) Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 38.

ſcheidet. Dieß geſchah indeſſen ſelten, und wahrſcheinlich beſonders dann, wenn das factiſche Verhältniß einfach, dagegen der anzuwendende Rechtsſatz an und für ſich zweifelhaft war[b]). 2) Der bey weitem häufigere Fall, und von dem hier allein die Rede iſt, war der, daß der Princeps ein Reſcript auf den einſeitigen ſchriftlichen Vortrag der Partey erließ, worin er die Rechtsſätze, nach welchen das Verhältniß zu beurtheilen ſey, aufſtellt, alſo dem Richter die Entſcheidung vorzeichnet, aber unter der (auch ſtillſchweigend ſich verſtehenden) Bedingung, daß die Thatſachen in Wahrheit ſo ſind, wie die Bittſchrift ſie enthält (si preces veritate nitantur). Offenbar hat ein ſolches Reſcript eine allgemeine Aehnlichkeit mit der formula, und dieſe Aehnlichkeit wird noch vollkommener, wenn der Princeps zugleich einen Beamten beſonders ernennt, der in Gemäßheit des Reſcripts unterſuchen und entſcheiden ſoll, alſo einem beſtellten Richter analog iſt. Iſt dieß nicht geſchehen, ſo iſt die Partey mit dem Reſcript an die ordentliche Gerichtsbehörde gewieſen, der ſie es inſinuirt, und die ſodann, nach Ermeſſen, entweder die Sache extra ordinem unterſucht und entſcheidet, oder einen Iuder beſtellt und ihn auf das Reſcript inſtruirt[c]). Der Gegner kann der ihm nachtheiligen Wirkung des Reſcripts durch den Einwand begegnen, daß es von dem Impetranten durch Entſtellung der factiſchen Verhältniſſe erſchlichen ſey (praescriptio mendaciorum), beſtehe dieſe Entſtellung in der Beimiſchung falſcher Thatſachen (subreptio), oder in der Zurückhaltung wahrer (obreptio).

Auch der Richter konnte, wenn er die Sache unterſucht hatte und über das zu ſprechende Urtheil zweifelhaft war, durch einen anfragenden Bericht vom Princeps ſich die Entſcheidung erbitten, dieſer Bericht heißt relatio oder consultatio (ante sententiam, vgl. §. 186. 187). Das Reſcript, wel-

---

b) So z. B. L. ult. de hered. inst. (28, 5).

c) L. 8. 9 D. de off. praes. (1, 18).

ches hier die Sache definitiv entſcheidet, kann ebenfalls aus dem Grund unvollkommener oder unrichtiger Darſtellung der Thatſachen in dem Bericht des Richters angefochten werden[d]), dieſe Provocation aber fällt weg, wenn den Parteien der Bericht mitgetheilt, und von ihnen keine Einwendung gegen ihn erhoben worden iſt[e]).

F. Execution[a]).

CLXXIX. Wenn eine richterliche Sentenz den Inhalt hat, daß ſie der unterliegenden Partey eine Leiſtung auferlegt, wenn ſie alſo condemnatoriſch iſt, ſo begründet ſie eine Verpflichtung auf iudicatum facere[b]). Welcher Weg iſt nun dem Kläger eröffnet, den ihm condemnirten Beklagten zur Erfüllung dieſer Verbindlichkeit zu vermögen, mit andern Worten: welches ſind die Mittel der Execution einer Sentenz? Dieſelbe Frage entſteht bey denen, die wegen Confeſſio, oder Jusjurandum, oder wegen Contumacia pro damnatis geachtet werden.

---

d) L. 1 §. 1. 2 D. de appell. (1, 18).

e) L. 3 D. quando appell. (49, 4).

a) Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 28—30.

b) Gai. III. 180. Es iſt hier nicht die Rede 1) von Sentenzen, die bloß die Exiſtenz eines Rechts oder ſonſtigen Zuſtands ausſprechen, wie die auf die legis actio sacramento: sacramentum iustum videri, ferner die auf eine Präjudicialklage (§. 175), 2) von Adjudicationen, wodurch der Richter das Eigenthum giebt. Die Wirkung dieſer Sentenzen fordert unmittelbar keine Leiſtung des Gegners, es kann alſo nicht von einer Execution derſelben geſprochen werden, ſie exequiren ſich ſelbſt, nur daß ſie einen Anſpruch auf eine Leiſtung zur Folge haben können. Es bleiben alſo nur die condemnatoriſchen Sentenzen übrig. Der Hauptfall und für das Formularverfahren der einzige iſt der einer Condemnation in Geld. Soweit nach älteſtem Recht eine Condemnation in eine andere Sache ſtatt hatte, haben wir darum keinen hinreichenden Grund, ein von dem bey einer Geldſentenz verſchiedenes Executionsverfahren anzunehmen, weil erſtere durch das arbitrium liti aestimandae in letztere verwandelt wurde. Note q**.

Vor allem iſt geſetzt, daß die Execution auf rechtlichem Wege, und zwar durch Hülfe der Magiſtrate geſucht werde. Es iſt keine reine Privatgewalt zuläßig; die pignoriscapio, die zwar ein feierlicher, aber ein Act ohne den Magiſtrat war, iſt nicht ein zur Execution einer Sentenz beſtimmtes Verfahren (§. 162 a. E.). Die Hülfe des Magiſtrats aber wird geſucht und herbeigeführt durch eine actio (iudicati oder pro iudicato), welche aus der obligatio iudicati entſpringt. Nun läßt es ſich denken, daß dieſe wiederum den gewöhnlichen Verlauf hat, ſo daß wie bey einer andern Klage ein Judicium beſtellt wird. Dieß wird dann nothwendig, wenn der Beklagte das Recht des Klägers auf zuläßige Weiſe beſtreitet[c]). Aber er wird nur dann dazu gelaſſen, wenn er die cautio iudicatum solvi leiſtet (§. 157), und wenn er Unrecht behält, ſo wird ſein Widerſtand dadurch beſtraft, daß er in das Doppelte condemnirt wird[d]). Iſt dieſe Condemnation erfolgt, oder war ſchon vorher keine Veranlaſſung, auf die iudicati actio ein Judi-

---

c) Er kann es dadurch, daß er 1) überhaupt läugnet, daß eine Sentenz geſprochen ſey, dieß wird natürlich ſelten vorkommen; 2) daß er die Sentenz als nichtig darſtellt, ſ. Dig. XLIX. 8: quae sententiae sine appellatione rescindantur; 3) daß er das Judicat anerkennt, aber die Forderung daraus als getilgt (durch Zahlung, Novation ꝛc.) behauptet, ipso iure oder ope exceptionis L. 7 D. de re iud. (42, 1) L. 28 §. 8 D. de iureiur. (12, 2). L. 32 C. de transact. (2, 4). Daß der Anſpruch, über welchen die Sentenz entſchieden hat, nicht beſtand, ſchützt nicht gegen die actio iudicati, weil res iudicata pro veritate accipitur (§. 175). Nur ausnahmsweiſe werden einige Einreden, die gegen die urſprüngliche Klage gerichtet ſind, auch gegen die actio iudicati noch geſtattet §. 170 Note x.

d) Gai. IV. 9. 171. Paul. sent. I. 19, 1. Cic. pro Flacco 21. Dieß ſteht der Möglichkeit eines Vergleichs (vgl. §. 157 Note f) nicht entgegen, wenn nur noch eine Ungewißheit des Anſpruchs aus dem Judicat übrig (L. 7 pr. 11 D. de transact. 2, 15), und damit ein Vergleich überhaupt denkbar iſt. Wegen der Richtung der actio iudicati auf das Duplum iſt die Uebereinkunft nur dann ungültig, wenn ſie vorzugsweiſe dieſe Strafe zum Gegenſtand hatte.

cium zu beſtellen, ſo wird der Anſpruch aus dem Judicat ſchon in iure erledigt, d. h. es wird zu den Zwangsmitteln gegriffen, die das Recht für die Execution der Sentenz feſtſetzt.

Als das einfachſte Mittel der Execution könnte dieß erſcheinen, daß unmittelbar das Vermögen des zahlungsflüchtigen Verurtheilten angegriffen, und daraus dem Kläger ſeine Befriedigung verſchafft werde. Dieß war keineswegs die Anſicht des römiſchen Volks, erſt ſpät iſt es bey ihm, wie unten ſich ergeben wird, zu einer ſolchen unmittelbaren Execution in das Vermögen gekommen. Und in der That iſt es, wenn wir näher zuſehen, nicht die Vermögensexecution, die ſich dem Rechtsſinn zunächſt darbietet. Betrachten wir die Sache zuerſt formell, ſo geht der Anſpruch aus dem Judicat, wie jede Obligatio, auf eine Leiſtung des Condemnirten, und inſofern dieſer ſie aus ſeinem Vermögen zu beſtreiten hat, allerdings mittelbar auf einen Vermögensbeſtandtheil, aber nicht ſo, daß dieſer dem Recht des Gläubigers vermöge der Obligatio ſelbſt unmittelbar unterworfen wäre. Aus der Natur der Obligatio für ſich folgt daher nur die Forderung, daß der Schuldner zahle; daß der Gläubiger ohne das Medium des Schuldners ſich ſelbſt aus den Gütern des Schuldners bezahlt mache, iſt eine Ueberſchreitung des Rechts der Obligatio [e]). Dazu kommt nun noch als materieller Grund, daß ein ſtrenges Freiheitsgefühl ſich gegen einen ſolchen Eingriff in das Vermögen mit Umgehung der ihm vorgeſetzten Perſon ſträuben wird. Dieß hat die älteſten Römer bewogen, ſtreng an dem Grundſatz feſtzuhalten: die Perſon iſt obligirt, an die Perſon muß ſich der Gläubiger halten, von dem Schuldner muß es abhängen, ob er ſich mittelſt ſeines Vermögens löſen will, es giebt nur eine perſönliche Execution.

---

e) Jene Befugniß kann der Schuldner dem Gläubiger durch Zuweiſung einer Sache, aus der er ſich bey nicht erfolgter Zahlung befriedigen ſolle, einräumen, aber ſie iſt dann nicht Inhalt des Obligatio, ſondern eines beſonderen, damit verbundenen Rechts, des Pfandrechts.

Die Zwölf Tafeln ſchrieben darüber folgendes vor[f]). Der Condemnirte, und wer dieſem gleichſteht, hat dreißig Tage Friſt[g]). Nach dieſer Zeit kann mit Manus Injectio (§. 162) gegen ihn verfahren werden[h]). Löſt er ſich nicht durch Zahlung oder Stellung eines Vindex, ſo nimmt der Kläger ihn mit ſich und hält ihn gefeſſelt im Gefängniß[i]). In dieſer Haft muß

---

f) Gell. XX. 1.

g) „Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto.“ *h*) „Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito.“

i) „Ni iudicatum facit, aut quis endo em iure vindicit, secum ducito vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito.“ Man erwartet eher: ne maiore a. s. v. minore, und ſo hat Cujacius aus einer Handſchrift verändert. Daß das Geſetz das Minimum des Feſſelgewichts beſtimmt hätte, hält man für unwahrſcheinlich, aber dann müßte man auch das Gebot vincito unwahrſcheinlich finden. Der Sinn des Geſetzes iſt folgender. Es ſchreibt genau den Modus der Execution vor, den der Gläubiger eben ſo genau einhalten muß, wenn der Verurtheilte als ſein Schuldknecht beurtheilt werden ſoll: führt der Gläubiger ihn nicht mit ſich weg, feſſelt er ihn nicht, ſo mag er das thun, wie er ihm ja auch die Schuld ſelbſt erlaſſen kann, das Geſetz iſt weit entfernt, ihn zur Execution zu zwingen, aber jener gilt nicht als ſein Schuldknecht. War nun einmal das Feſſeln für die Wirkung der Schuldknechtſchaft vorgeſchrieben, ſo lag es ganz nahe durch eine nähere Beſtimmung ein bloß illuſoriſches Feſſeln auszuſchließen. Als vinctus ſoll nur der gelten, der mit Feſſeln von wenigſtens 15 Pfund Gewicht gefeſſelt iſt, außerdem hat der Gläubiger ſo wenig einen Anſpruch auf die aus dieſem Executionsverfahren weiter folgenden Befugniſſe, als wenn er den Schuldner, ſtatt des ducere, frey hat in ſeine Wohnung zurückgehen laſſen. Es liegt in jener Beſtimmung des Geſetzes ſo wenig die Abſicht, die Schuldner von Staatswegen zu drücken, als man z. B. ſagen wird, das Recht, indem es ausſpricht: wer ein wildes Thier aus dem Gewahrſam in einen Park laufen laſſe, verliere den Beſitz — habe damit dieſe Handlung verhüten wollen. Auch ſind funfzehnpfündige Feſſeln keineswegs eine übermäßige Laſt, man muß vielmehr behaupten, ſie bilden eben nur das Gewicht, deſſen Anlegung als eine Sicherung des Abgeführten zu betrachten war. (Die erſte Ausgabe gründete die Abduction nach dem Vorgange des Juriſten Sextus Cäcilius bey Gellius XX. 1 auf eine Addiction durch den Prätor. Allein die zwölf Tafeln geſtatten dem Gläubiger ein eigen-

ihm geſtattet werden, von ſeinem Gut ſich zu beköſtigen, will er dieß nicht, ſo muß ihm der Gläubiger ein Pfund Mehl täglich geben[k]). Sechzig Tage bleibt der Schuldknecht in dieſer Haft, während der erſten Hälfte dieſer Zeit konnte er ſich durch Zahlung oder Vergleich befreien[l]), während der zweiten mußte ihn der Gläubiger an drey Nundinä vor den Prätor ſtellen, und die Schuldſumme öffentlich verkündigen, damit ſich etwa jemand finde, der ihn auslöſe. Mit der dritten dieſer Ausſtellungen, wenn auch ſie ohne Erfolg war, ſollte die Schuldknechtſchaft aufhören, der Gläubiger mußte ihn entweder frey geben oder aus der Zahl der Bürger herausnehmen: durch Tod oder Sclaverey, das letzte geſchah durch Verkauf trans Tiberim, in die Fremde, denn durch Verkauf an Römer wäre er nicht Sclave geworden[m]). Waren mehrere Gläubiger, ſo überließ das Geſetz jedem, ſeinen Theil von dem Schuldner zu nehmen, wollten ſie es nicht, ſo mußten ſie ſich unter einander vergleichen (indem der eine den Verkauf übernahm, und

---

mächtiges ducere: das duci iubere kraft des Imperium gehört erſt der prätoriſchen Execution an. Vgl. auch Huſchke, Recht des Nexum 1846. S. 79 Anm. 97. S. 140. 147. 149. R.)

k) „Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui em vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato.“ Der letzte Zuſatz, der ſich ſo ſehr von ſelbſt zu verſtehen ſcheint, zeigt, wie förmlich die Sache behandelt wurde. Er ſchien nothwendig, um den großmüthigen Gläubiger gegen den Einwand zu ſichern, er habe den Schuldner nicht als Schuldknecht behandelt, und ſo auf ſein Recht verzichtet. Dieſe Beſtimmung des Geſetzes unterſtützt alſo die in der vorigen Note enthaltene Auffaſſung der vorhergehenden.

l) Vgl. unten Note bb* und bb**. Darum eben war es nothwendig die geſetzlichen Formen (Note i und k) genau einzuhalten, aus jeder Vernachläßigung wurde der Schluß der Befreiung gezogen.

m) (Ein Verkauf um einen Scheinpreis wie ihn Huſchke a. a. O. S. 86 nach Livius epit. 55. — C. Matienus — *quod exercitum* in Hispania *deseruisset — sub furca diu virgis caesus est* et sestertio nummo veniit — annimmt, würde dem Gläubiger wenig genützt haben. R.)

die andern nach Uebereinkunft abfand), das Geſetz mengte ſich darein nicht[m*]).

Die Natur dieſer Execution der Zwölf Tafeln läßt ſich kurz ſo faſſen. Sie gab dem Gläubiger ein ſehr ſtrenges Zwangsmittel gegen den Schuldner, um dieſen zur Zahlung zu ver-

---

m*) „Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto.“ Die wahre Bedeutung iſt: unter mehrern Gläubigern ſoll die Entſcheidung nicht von der Uebereinſtimmung aller abhängen, jeder einzelne kann die Sache zu Ende bringen, wenigſtens durch ſein Tödtungsrecht. Man hatte kein Beiſpiel, daß dieß wirklich geſchehen ſey, und das iſt begreiflich genug; der grauſame Ausdruck des Geſetzes hat aber auch nichts auffallendes, für eine Executionsordnung ſchien dieſes barbariſche Auftreten nicht unangemeſſen. So pflegen in unſeren Tagen die Drohungen gegen Bankerutirer gefährlicher auszuſehen, als ſie ſich in der Wirklichkeit geſtalten. — Die vielfachen Verſuche, die man von alter Zeit bis auf die neueſte gemacht hat (einer der neueſten von Göttling Geſch. der röm. Staatsverf. S. 323, vgl. dazu Oſenbrüggen in Schneider's krit. Jahrbb. 1842 S. 113 ff.), das Geſetz anders, namentlich von einer Theilung in das Vermögen zu erklären, ſind durchaus mislungen, ja Niebuhr (II. 670) ſagt nicht zu viel, wenn er ſchon den Verſuchen als ſolchen das Prädikat der Verkehrtheit und Unwahrheit beilegt. — (Jetzt nimmt Huſchke, a. a. O. S. 81—93 von einer andern Grundanſicht aus dieſe Meinung wieder in Schutz. Sextus Cäcilius bei Gellius XX. 1. ſtellt das Verfahren gegen verurtheilte Contractsſchuldner, beſonders aus Darlehen, als Strafe des Treubruchs (perfidia debitorum) gegen ihre Creditoren dar. Dieſe Betrachtungsweiſe dehnt Huſchke auf jeden pecuniae iudicatus aus. Im Geiſte der alten Criminalgeſetze wäre jene Strafe des Treubruchs durch Zerſtörung oder Verkauf nicht nur am Caput, ſondern auch an der Familia, den Kindern und Enkeln, wie dem Vermögen des Ungetreuen vollzogen (Edict des Conſuls P. Servilius über die Nexi vom Jahr 259 bei Dionys. VI, 29. Liv. II. 24). Die Zerſtörung der Perſönlichkeit im Vermögen, die Zerſchlagung der universitas in ihre Elemente ſei die sectio. — Huſchke ſelbſt erkennt an, daß dieſe Auffaſſung der sectio dem Bewußtſeyn der römiſchen Kaiſerzeit (Quintilian. I. O. III. 6. §. 84. Tertullian. apolog. 4. Fragment des Dio Caſſius bei Mai collect. script. vet. II p. 143) fremd war und daß ſogar Sextus Cäcilius eine derartige Conſequenz ſeiner Anſicht verſchmäht hat. R.)

mögen, aber ſie gab ihm kein Befriedigungsmittel unabhängig von dem Willen des Schuldners, wenn er ſich nicht durch Pfand vorgeſehen hatte. Denn, was man gewöhnlich annimmt, daß durch Tödtung oder Verkauf die Güter, die der Schuldner noch beſaß, dem Gläubiger zugefallen wären, iſt ſicher falſch; es paßt durchaus nicht in jenes Executionsſyſtem, ja dieſes würde durch dieſe Annahme völlig unvernünftig werden: den Gläubiger an das Vermögen des Schuldners weiſen zu wollen, und keinen andern Weg dazu zu entdecken, als den Schuldner umzubringen oder in die Fremde zu verkaufen, wäre ſicher keine große Weisheit geweſen.

Neuerdings iſt behauptet worden, die bisher beſchriebene Perſonalexecution ſey überhaupt nur für eine gewiſſe beſchränkte Claſſe von Fällen beſtimmt geweſen, nämlich für das Gelddarlehen und ſolche Schulden, die durch Nexum dieſelbe Natur erhalten hätten, gegen jeden aus einem andern Grund Condemnirten habe eine Vermögensexecution ſtattgefunden [n]). Der Hauptgrund gegen die Allgemeinheit der Perſonalexecution iſt lex rubria cap. 21 und 22: in dem erſten werde für pecunia certa credita das duci iubere als Executionsform genannt, in dem zweiten bey allen andern Klagen „andere Wirkungen, nicht die perſönliche Haft.“ Ich halte dieß nicht für richtig. Der Unterſchied zwiſchen beiden Kapiteln iſt nur folgender: dort wird dem Municipalmagiſtrat gegen den Geſtändigen oder ſonſt pro damnato Erachteten die Execution überlaſſen (aber nur die Perſonalexecution), hier wird ſie dem römiſchen Prätor in ihrem ganzen Umfang vorbehalten, und zwar ausdrücklich auch das duci iubere, ſo daß dadurch vielmehr die Anwendung der Perſonalexecution bey jedem Judicat außer allen Zweifel geſetzt wird [o]). Der poſitive Grund für

---

n) Savigny über das altrömiſche Schuldrecht 1834.

o) Um dieſem Argument zu entgehen, nimmt Savigny an, dieſer Abſchnitt des 22 Kapitels beziehe ſich zugleich auf das vorhergehende,

das frühere Vorkommen der Vermögensexecution iſt nicht haltbarer, er beſteht in dem von Livius (II. 24) angeführten Conſularedict v. J. 259: ne quis civem romanum vinctum aut

---

und wenn es heiße eos duci, bona eorum possideri iubeto, ſo ſey dieß ſo zu verſtehen: duci, nämlich beim Darlehen, bona possideri, nämlich in den andern Fällen (Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XI S. 63 f.). Dieſe Suppoſitionen ſind nun ſchon an ſich unwahrſcheinlich, ſie werden aber, wenn ich nicht ſehr irre, durch einen vergleichenden Blick auf die angeführten Kapitel entſchieden unhaltbar. In jedem der beiden Kapitel ſind drey Sätze enthalten. Cap. 21: 1) der Geſtändige u. ſ. f. ſoll wie ein damnatus behandelt werden, 2) der Municipalmagiſtrat ſoll gegen ihn die Execution durch duci iubere haben, 3) inwiefern kann der römiſche Prätor in ſolchen (Darlehens) Fällen competent ſeyn? — Cap. 22: 1) der Geſtändige u. ſ. f. ſoll ſo behandelt werden, wie wenn er in Rom bey dem Prätor geſtändig geweſen wäre, 2) der Prätor ſoll gegen ihn mit Perſonal= oder Vermögensexecution ſo vorſchreiten, wie wenn das Geſtändniß u. ſ. f. bey ihm vorgekommen wäre, 3) kein Anderer als der römiſche Prätor ſoll für dieſe Execution competent ſeyn. Man ſieht, die drey Sätze entſprechen ſich in jedem Kapitel Zug für Zug; daß Kap. 22 Num. 2 ſich auf Kap. 21 mitbeziehe, iſt undenkbar. — Savigny findet es noch anſtößig, daß die Execution im Kap. 22 dem römiſchen Prätor vorbehalten ſey, daß man alſo in dieſen Fällen z. B. von Padua vielleicht wegen einer Kleinigkeit die Reiſe nach Rom hätte machen müſſen (Zeitſchrift XI S. 65), nach ſeiner Erklärung wäre es möglich, über dieſen Uebelſtand hinwegzukommen. Nun iſt es, beiläufig geſagt, mit der Reiſe nicht ſo ſtreng gemeint, man kann durch einen Procurator das Geſuch ſtellen. Sodann iſt in den angeführten Kapiteln gar nicht von der Execution eines Urtheils die Rede, ſondern von der viel bedenklicheren gegen einen pro damnato zu Erachtenden, wodurch der Einwurf, inſofern er gegen die obige Erklärung gerichtet iſt, um die es uns hier allein zu thun iſt, ſeine Kraft verliert. Ob auch die Execution eines Urtheils in den Sachen des Kap. 22 (immer nur durch duci iubere) den Municipalmagiſtraten der Gallia Cisalpina entzogen war, können wir hier ganz dahin geſtellt ſeyn laſſen. — Man muß bey dieſen Fragen ſtets auch die beträchtliche Anzahl wohlhabender und zum Theil vornehmer Römer im Auge behalten, die in den Provinzen angeſeſſen zu ſeyn pflegten, und die nun in Gallia Cisalpina der Jurisdiction der Stadtbehörden unterworfen werden ſollten.

clauſum teneret quo minus ei nominis edendi apud conſules poteſtas fieret; ne quis militis donec in caſtris eſſet bona poſſideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur[p]). Für die gegenwärtige Frage iſt es gleichgültig, ob man ſich denkt, daß Livius das ächte Edict vor ſich gehabt und dieſem die Ausdrücke entlehnt habe, — denn auch ſo beweiſen ſie keinesweges das Daſeyn der Vermögensexecution[q]), — oder ob man annimmt, der Hiſtoriker habe einer im allgemeinen überlieferten Thatſache den ihm angemeſſen ſcheinenden Ausdruck gegeben. Ich lege meiner Erklärung die letztere Annahme zu Grunde, die man wohl nicht anſtehen wird, für die wahrſcheinlichere zu halten. Die Thatſache war einmal, daß die Gläubiger ihre Schuldknechte zum Kriegsdienſt freigeben mußten (wobey der eine Conſul jenen ihre Rechte zu ſichern verſprach, der andere dieſen Hoffnung machte, ihre Befreiung werde um den Preis eines pflichtmäßigen Dienſtes im Felde eine definitive ſeyn), ſodann daß während des Feldzugs keine rechtliche Verfolgung gegen die Soldaten zuläßig ſeyn ſollte. Dieß letztere verſtand Livius oder ſein Auctor von einer Execution in das Vermögen und die Familie. Das iſt auch gar nicht verwerflich, nur iſt, wie es bey den Kindern ohnedieß geſchehen muß, ſo auch bey den Gütern an eine Verpfändung zu denken.

Eine Beſchränkung der Perſonalexecution iſt jedoch allerdings anzunehmen: die ausſchließliche Beziehung auf Geldcondemnationen[q*]). Da nun die Condemnation in den Legis

---

p) Um die Erklärung dieſer Stelle von einer Vermögensexecution zu beſeitigen, hat man geglaubt, ſie von dem Nexum verſtehen zu müſſen, Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilpr. I S. 301 Note 15. Sie enthält aber weder das eine noch das andere, vgl. Scheurl vom Nexum S. 60. Es wird davon noch an einem andern Ort die Rede ſeyn.

q) v. Scheurl a. a. O. Note 66.

*q**) (Liv. XXIII. 14 quique *pecuniae* iudicati in vinculis eſſent — Gell. XX. 1 — iudicatis triginta dies ſunt dati, conquirendae

Actiones immer auf die Sache ſelbſt gieng (§. 161 d. 175 e.) ſo mußte der ſiegreiche Kläger, auf den Grund des ihm von dem erſten Richter zuerkannten Rechts mittels einer legis actio per iudicis arbitrive postulationem immer noch um ein arbitrium liti aestimandae bitten[q**]), erſt die Sentenz in dieſem Schätzungsproceß brachte ihm ein executionsfähiges Geldurtheil zu Wege. Im Formularproceß wurde das Judicium mit dem arbitrium liti aestimandae in ein Verfahren zuſammengezogen[q***]).

Die Geſetze, die nach den Zwölf Tafeln die Manus Injectio beſchränkten (§. 162), taſteten ſie doch nicht in ihrer hier betrachteten Anwendung als Executionsweg an, nur ſcheint (durch Geſetz oder Gewohnheit) die Alternative, die dem Gläubiger geſtellt war, nach Ablauf von 60 Tagen den Schuldknecht entweder frey zu geben, oder ihn durch Tod oder Verkauf in die Fremde aus dem Verein der Bürger wegzunehmen, im Intereſſe der Gläubiger und der Schuldner aufgehoben worden zu ſeyn. Die Folge war, daß die Schuldknechte auch nach dem Ablauf jener Friſt in dem bisherigen Zuſtand blieben, bis das Geſetz des Pötelius 428 (§. 162) die Feſſelung des Schuldknechts nach 60 Tagen verbot, nur die in Folge ei-

---

pecuniae causa, quam dissolverent. — ad praetorem in comitium producebantur, *quantaeque pecuniae* iudicati essent, praedicabatur. Gai. IV. 2. quod tu mihi iudicatus sive damnatus es *sestertium decem milia* — ob eam rem tibi sestertium X milium manum inicio — III. 78. bona — veneunt — iudicatorum post tempus — quod eis — ad *expediendam pecuniam* tribuitur. — Daher auch das condemnatus ut *pecuniam* solvat im Edict Note r*. R.)

*q***) (Valerius Probus: A. L. AE = arbitrium liti aestimandae. Vgl. §. 154 e, §. 173 d. In den Repetundenproceſſen erhielt ſich die abgeſonderte Litis Aeſtimatio (Cic. pro Cluent. c. 41 aestimationem litium non esse iudicium) ſogar noch länger als die legis actio sacramento. Rudorff, Zeitſchr. für geſch. R. W. XII S. 139—149. R.)

*q****) Bachofen, das Nexum (1843) S. 135. Huſchke über das Recht des Nexum (1846) S. 14. Note 17.

nes Delicts Adjudicirten ſollten auf dieſe Wohlthat keinen Anſpruch haben; ſeit dieſer Zeit wurden ſie als Arbeiter gehalten, und durften dem Gläubiger den Gewinn von ihrer Arbeit auf die Schuld abrechnen[r]). So blieb die Perſonalexecution, als die Manus Injectio wegfiel, und wurde auf das Formularverfahren übertragen, wo der Magiſtrat ohne weitere Solennitäten duci iubet und damit addicirt, wenn der Verurtheilte auf die actio iudicati nicht entweder ſofort zahlt, oder ſofern er den Anſpruch des Klägers beſtreitet, satisdatio iudicatum solvi leiſtet. Eben ſo bey dem, welcher pro damnato geachtet wird[r*]).

Aber ſie blieb nicht der einzige Weg der Vollſtreckung, es entſtand daneben eine Execution in das Vermögen. Für einen gewiſſen Fall finden wir uns veranlaßt, eine ſolche ſchon früh anzunehmen. Wenn der Staat Anſprüche gegen ſeine Bürger durch die Magiſtrate geltend macht, z. B. auf Abgaben oder ſonſtige Leiſtungen, zu denen ſie ihm auf irgend eine Weiſe verpflichtet worden ſind, ſo gewährt das Recht der Multa und

---

r) Die beſondere Beziehung des ſ. g. pöteliſchen Geſetzes auf das Nexum iſt oben (§. 162) erwähnt worden. Ferner iſt nichts gewiſſer, als daß es die Perſonalexecution nicht abgeſchafft hat, deren Fortdauer noch in der dritten Periode durch die unzweifelhafteſten Zeugniſſe beglaubigt iſt. Dieß ſchließt aber nicht aus, daß ſie doch auf die im Text angegebene Art auch die Execution der Sentenzen betraf, wofür Liv. VIII. 28: ne quis nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur — ſpricht, ferner Varro de L. L. VII. 105 (Müll.): qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat —. Das Abarbeiten iſt nach Analogie des Freien, der noxae gegeben worden war, anzunehmen Papinian. in der collat. II. 3.

*r**) (Bruchſtücke des Edicts über dieſen Punkt ſind in L. 4. 5 D. de re iud. (42, 1) überliefert: condemnatus (ab eo) cuius de ea re iurisdictio est (Note o) ut pecuniam solvat, si neque solvat neque eo nomine satis faciat (ſo hätte nach Labeo im Edict ſtehen müſſen, in der That ſtand nur: nisi solvat) — dann folgen die Vorſchriften über das duci iubere und die Behandlung des Judicatus L. 34 D. de re iud. (42, 1) L. 43—45 D. de V. S. (50, 16). R.)

der Pignoriscapio (Bd. I §. 79 Note s) ein Zwangsmittel gegen den Säumigen, eben ſo das Jus Prenſionis, vermöge deſſen der Magiſtrat den Widerſtand durch Gefängniß überwinden konnte (Bd. I §. 79 Note t. u), dieſe Zwangsmittel waren aber nicht immer Execution einer Sentenz, ſondern vielmehr Einleitung zu einem Rechtsverfahren, wenn nämlich der Betroffene durch Provocation die Rechtmäßigkeit des Anſpruchs in Abrede ſtellte[s]). Als Execution aber einer Sentenz erſcheinen ſie bey dem, welcher in Folge eines Criminalproceſſes zu einer Geldſtrafe condemnirt worden iſt, und hier geſchah es denn wohl zuerſt, daß neben jenen Zwangsmitteln eine unmittelbare Execution in das Vermögen entſtand. Die Form dieſer war die, daß der Prätor die Quäſtores auf den Beſitz der Güter des Schuldners anwies (bona possessa), wodurch ſie als dem Staat heimgefallen galten (publicata), worauf die Quäſtoren ſie zum Verkauf an die Meiſtbietenden öffentlich ausſchrieben (bona proscripta); die Güter wurden im Ganzen verkauft, dem Käufer (sector) addicirt und dadurch ſein Eigenthum[t]), gegen Zahlung des Kaufpreiſes an das Aerar[u]).

---

s) So ſagt auch Paulus L. 9 §. 6 D. ad L. iul. peculat. (48, 13) von dem Schuldner des Staatsſchatzes: (pecuniam) ab eo is qui hoc imperio utitur, *exigeret pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.* (Vgl. das Edict des Tiberius Julius Alexander §. 4 Haubold monum. p. 212. R.)

t) L. Scipio war wegen Peculats zu einer Geldſtrafe verurtheilt worden, der Prätor erklärte: se ni referatur pecunia in publicum, quae iudicata sit, nihil habere quod faciat, nisi ut prehendi damnatum et in vincula duci iubeat. Ein Tribun kündigte ſeine Interceſſion gegen dieſe Maßregel an. In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit Liv. XXXVIII. 60. Dieſes Recht bey Staatsforderungen (publice venire) unterſcheidet noch Gaius von dem Verfahren bey Privatforderungen Gai. III. 80. 154. IV. 146. Vgl. Stieber de bonor. emtione 1827. Puggé, Rhein. Muſ. II S. 87 ff.

u) Der Name sector wird daraus erklärt, daß dieſe Käufer nachher die Güter zerſchlugen und einzeln wieder verkauften, um ſo mit

Dieſe Vermögensexecution wurde von einem Prätor Rutilius auf Privatgläubiger übergetragen[v]). Auf Antrag des Gläubigers giebt der Prätor missio in bona, ſie heißt missio in possessionem rei servandae causa[w]), der Gläubiger erhält mittelſt derſelben die Detention der Güter und damit die Möglichkeit für ihre Erhaltung zu ſorgen, doch ohne Verdrängung des Schuldners[x]). Andere Gläubiger, die aus dem

---

Gewinn zu ihrer Auslage zu kommen Pseudo-Ascon. in Verr. I. 20. 23 (Orell. p. 172. 177).

v) Gai. IV. 35: quae species actionis — a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur*, conparata est. (Dieſer Prätor P. Rutilius iſt ohne Zweifel der bekannte Staatsmann und Juriſt, der 649, nicht der P. Rutilius Lupus, welcher 664 Conſul war (L. 2 §. 40 D. de O. I. (1, 2) Cic. pro Planc. 21. Festus v. rutuli). Nun wird aber die bonorum venditio ſchon in der lex thoria c. 26 (Rudorff, Zeitſchrift X S. 173, Huſchke in Richter's Jahrb. 1841 S. 608) alſo im Jahre 643, erwähnt, in welchem P. Rutilius Rufus gewiß noch nicht Prätor war. Wahrſcheinlich gehört ihm alſo nur die Ausbildung der bonorum venditio durch die rutiliana actio an, während ihre Entſtehung bis zur Lex Pötelia hinaufreichen mag. R.)

w) Dig. XLII. 4: quibus ex causis in possessionem eatur. XLII. 5: de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Gai. III. 77—81. (Der Gläubiger muß in ſeiner Perſon eine Forderung, oder, was ihr gleich ſteht, ein vom Gegner verſäumtes Vadimonium (L. 2 pr. D. quib. ex caus. (42, 4), in der Perſon des Schuldners einen der Miſſionsgründe des Edicts nachweiſen. Dieſe waren nach Cic. pro Quinct. c. 19: qui fraudationis causa latitarit, cui heres non exstabit, qui exsilii causa solum verterit, (der vierte Grund: qui absens iudicio defensus non fuerit, den Manche (auch Keller, sem. I p. 44—68) einſchalten, beruht nicht auf handſchriftlicher Autorität). Da die Gründe ſchon im Edict ſtanden, ſo bedurfte es nicht erſt einer causae cognitio und eines primum decretum über ihre Zulänglichkeit zum Zweck der Miſſion. Keller, semestria (1843) I §. 2. 3. R.)

x) In der Rede für den Quintius, wobey es ſich um Anfechtung einer ſolchen Miſſio und ihrer Folgen handelte, referirt Cicero das prätoriſche Edict über dieſen Punkt folgendergeſtalt (cap. 27): qui ex

Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung ſuchen wollen, können ſich anſchließen, die gegebene missio gilt dann auch mit für ſie[y]). Bleibt die Sache länger auf dieſem Punkt ſtehen, ſo wird ein curator bonorum von den Gläubigern gewählt, von dem Prätor beſtätigt und beſtellt[z]). Regelmäßig wird mit der possessio bonorum ein offener Arreſt verbunden, um Dritte zur Ablieferung der in ihren Händen befindlichen Güter des Schuldners an die Gläubiger oder den Curator zu veranlaſſen. Dieß geſchieht durch öffentliches Ausſchreiben, proscriptio bonorum, mittelſt angeſchlagener libelli[z*]) Dieſe Proſcriptio hat zugleich die Beſtimmung, anderen Gläubigern die Kenntniß des Vorgangs und damit die Möglichkeit der Anſchließung zu verſchaffen. Nun ſind aber Friſten für den weiteren Verlauf feſtgeſetzt, zu dem Zweck, um dem Schuldner oder ſeinen Erben die Abwendung des Verkaufs durch Befriedigung der Gläubiger (oder bey einem indefensus durch defensio) möglich zu machen. Dreißig Tage nach der Proſcriptio eines lebenden Schuldners, funfzehn Tage, wenn die Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen verkauft werden ſoll[aa]), kommen die Gläubiger in Folge eines zweiten prätoriſchen Be-

---

edicto meo in possessionem venierint, eos ita videtur in possessione esse oportere: quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.

y) L. 12 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

z) Dig. XLII. 7: de curatore bonis dando.

*z**) (Cic. pro Quinct. c. 15. Seneca de benef. IV. 12. Tibull. II. 4. 55. R.)

aa) Die venditio bonorum mortui bezieht ſich auf den Fall, wenn der Verſtorbene keinen Erben findet, indeſſen können ſeine Gläubiger, auch wenn ein Erbe vorhanden iſt, bey dem Prätor darauf antragen, daß ihnen die Güter des Verſtorbenen überlaſſen werden, wie wenn kein Erbe exiſtirte, um durch dieſe Trennung eine ihnen nachtheilige Concurrenz mit den Gläubigern des Erben zu vermeiden Dig. XLII. 6: de separationibus.

fehls zuſammen, und wählen einen aus ihrer Mitte, der magister heißt, und dem ſie die Beſorgung des Verkaufs übertragen. Dieſer wird durch öffentlichen Anſchlag (proscriptio, *προγραφή*) bekannt gemacht. Der Verkauf geſchieht nach den unter den Gläubigern feſtgeſetzten vom Prätor genehmigten Verkaufsbedingungen (leges), in denen jedoch die vom Güterkäufer zu zahlenden Procente offen bleiben, nach Ablauf einer gleichen Friſt von 30 oder 15 Tagen[bb]) an den Meiſtbietenden. Bis zum Zuſchlage konnte der Schuldner ſich zur Defenſion erbieten und das Vermögen wieder an ſich ziehen, jedoch mußte er nunmehr, als eine nicht mehr ſichere Perſon, iudicatum solvi caviren[bb*]), denn eben mit dem Ablauf der erſten dreißigtägigen Friſt tritt die an das prätoriſche Concursverfahren geknüpfte Infamie ein[bb**]). Die Güter werden im Gan-

bb) Die Handſchrift des Gaius (III. 79) giebt als Friſt für die Wahl des Magiſter 15, für den Verkauf 20 Tage, eine dieſer Zahlen beruht ſicherlich auf einem Schreibfehler. (Theophilus III. 12 pr. führt aus dieſer Stelle eine *τρίτη προσέλευσις, ἐν ῃ̃ ἐπετρέποντο ποιήσασθαι* legem bonorum vendandorum *τοῦτ᾽ ἔστιν ὅρον τῶν διαπιπρασκομένων* an. Danach reſtituirt Huſchke (Recht des Nexum S. 153 Note 220): itaque si vivi bona veneant, in diebus *X. l. b. v.* (*legem bonorum vendendorum*) *fieri* iubet, si mortui, in *diebus u* (*quinque*), *a quibus tum* vivi bona XX, mortui vero X emptori addici iubet. R.)

*bb**) (Die frühere Anſicht gieng dahin, daß ſchon die erſte Miſſion (Note w) eine defensio cum satisdatione zur Folge gehabt hätte. Aber Sextus Nävius bei Cic. pro Quinct. c. 8. legt offenbar alles Gewicht darauf, daß dem Decret ſchon ein dreißigtägiger Beſitz vorausgegangen war (a Cn. Dolabella — praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satisdet, ex formula, quod ab eo petat, cuius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint. non recusabat Quinctius, quin ita satisdare iuberet, si bona possessa essent ex edicto.) Jene erſte Miſſion bewirkte mithin nur eine vorläufige Beſchlagnahme, die durch einfache Defenſion (ohne Satisdatio), wie im alten Recht die Privathaft durch Pactio in den erſten 30 Tagen, rückgängig gemacht werden konnte. Vgl. Keller, sem. (1843) I p. 4. 72—110. R.)

*bb***) (Die gewöhnliche Meinung knüpft die Infamie entweder an die Miſſion oder an den Zuſchlag, ſiehe dagegen Cic. pro Quinct.

zen verkauft, und der Kaufpreis, zu welchem der bonorum emtor ſich anheiſchig macht, beſteht in der vollen oder theilweiſen Befriedigung der Gläubiger, ſo daß der Meiſtbietende der iſt, welcher den Gläubigern, die ſodann ihre Forderungen gegen ihn geltend machen, die größere Quote derſelben zu zahlen verſpricht. Urſprünglich ſtanden alle Gläubiger gleich, jeder hatte denſelben Anſpruch auf Befriedigung, jedem wurden von dem Bonorum Emtor (vorausgeſetzt daß ihre Forderungen wirklich begründet erfunden würden) dieſelben Procente zugeſagt. In der dritten Periode wurden manche Forderungen privilegirt, d. h. ſie ſollten bey der Befriedigung den andern vorgehen. Hier war alſo bey dem Verkauf vor allem feſtzuſetzen, wie viel der Käufer den privilegirten Gläubigern zahlen ſolle, und ſodann, wenn er dieſe vollſtändig zu befriedigen übernahm, ob er etwas und wie viel er den übrigen gewähren wolle. Wer eine Vindication hat (ſey es als Eigenthümer einer im Beſitz des Schuldners befindlichen Sache, oder als Pfandgläubiger u. ſ. f.), nimmt, ſofern er ſich auf dieſe Klage beſchränken (z. B. als Pfandgläubiger lediglich aus der ihm verpfändeten Sache ſeine Befriedigung ſuchen) will, an der missio und venditio bonorum keinen Theil. Der bonorum emtor tritt inſofern an die Stelle des Schuldners, als die Gläubiger auf die von ihm zugeſagten Procente ihre Forderungen gegen ihn verfolgen, der Schuldner ſelbſt aber wird, ſo weit ſie auf jenem Weg ihre volle Befriedigung nicht erhalten, keineswegs befreit, nur daß die Perſonalexecution nicht gegen ihn ſtattfindet, außer wenn er doloſe (in fraudem creditorum) ſein Vermögen vermindert, und dadurch verurſacht hat, daß die Gläubiger weniger als außerdem durch die venditio bonorum erhalten haben. Auch der, an welchen durch

---

c. 8. 9, wonach die allgemeiner gehaltenen Zeugniſſe Gai. IV. 102. §. 216 Note p genauer zu beſtimmen ſind. Vgl. Keller, semestr. (1843) I §. 5. R.)

eine ſolche alienatio in fraudem creditorum facta etwas gekommen iſt, kann unter Umſtänden von den Gläubigern belangt werden [cc]).

Der Gläubiger hatte nun die Wahl, ob er den civilrechtlichen Weg der perſönlichen, oder den prätoriſchen der Vermögensexecution einſchlagen wollte. Hat er den letzten gewählt, ſo kann er auf den erſten nicht zurückkommen; auch wenn er aus den Gütern ſeine volle Befriedigung nicht erhält, kann er bey ſpäterem Erwerb durch den Schuldner, nur wieder zur Miſſio und Venditio greifen [cc*]). Durch eine Lex Julia (ob von Cäſar oder von Auguſt, iſt ungewiß) wurde eine Beſchränkung jener Wahl in die Hand des Schuldners gelegt. Der Schuldner ſollte durch freiwillige Abtretung ſeiner Güter, cessio bonorum, ſeinen Gläubigern zuvorkommen, und die Perſonalexecution vermeiden können [dd]). Dieſe Ceſſion geſchieht durch eine in beliebiger Form vorgenommene Erklärung jenes Inhalts an die Gläubiger, und hat die Wirkung der Miſſio [ee]). Man hat gefragt, wie denn nach dieſem Geſetz noch immer die Perſonalexecution und die Miſſio ſo häufig bey Inſolventen habe vorkommen können, man ſtellt ſich vor, jeder inſolvente Schuldner werde, wo es ihm frey ſtand, zu jenem Mittel gegriffen haben. Eine Erklärung hat man darin gefunden, daß

---

cc) Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

*cc**) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I S. 315 Note 60. 62 hält eine Verbindung des civilen und prätoriſchen Wegs für ſtatthaft, aber nur wegen der lex rubria c. 22, die beide bloß im Gegenſatz zum Duumvir zuſammen faßt, der nur die Perſonalexecution hat.

dd) Dig. XLII. 3: de cessione bonorum. Cod. VII. 71: qui bonis cedere possunt.

ee) Nur mit Ausnahme der Infamia, die den freiwillig abtretenden Schuldner nicht trifft, und daß ihm nicht jeder künftige Erwerb, ſondern nur der ſeine dringendſten Lebensbedürfniſſe überſteigende abgenommen werden kann.

nur der durch Unglücksfälle inſolvent Gewordene dieſes „flebile auxilium“ haben ſollte [ff]). Welche Bewandtniß es aber auch mit dieſer Beſchränkung haben möge — und ſo viel ſcheint richtig, daß die vortheilhaften Wirkungen der Ceſſio Bonorum von jeher einem betrüglichen Bankerutirer verſagt wurden —, ſo iſt es eine allgemeine Erfahrung, daß concursmäßige Schuldner geneigt ſind, ſich ſo lange als möglich in dem Beſitz ihrer Güter zu erhalten, und auf Koſten ihrer Gläubiger zu leben, während dieſe letzteren eine baldige Ceſſion für eine Wohlthat zu achten Urſache haben, und wir haben keine Veranlaſſung, bey den Römern eine andere Lage der Sache anzunehmen. Die Perſonalexecution war damals kein ſolches Schreckniß mehr, um dem Schuldner einen großen Eifer für die Ergreifung der Ceſſion einzuflößen, hatte er Güter, ſo konnte er vorausſetzen, daß ſeine Gläubiger ſtatt jener den reelleren Weg der Miſſio einſchlagen würden, und darauf ließen es wohl die Meiſten ankommen, ſtatt ſich mit zuvorkommender Abtretung zu beeilen.

Wenn wir von dem Fall einer Inſolvenz des Schuldners abſehen, und uns einen einzelnen Gläubiger einem ihm verurtheilten, oder geſtändigen, oder ſonſt pro damnato erachteten Schuldner gegenüber denken, dem die Mittel der Befriedigung nicht abgehen, ſo erſcheinen die beiden jetzt dargeſtellten Executionsweiſen als bedeutende Umwege, nicht bloß die Perſonalexecution, wo der Gläubiger an die Perſon gewieſen iſt, während es ihm um einen Vermögenswerth zu thun iſt, ſondern auch die Venditio Bonorum, welche die ganze unter der Jurisdiction des exequirenden Magiſtrats befindliche Gütermaſſe ergreift, während vielleicht ein kleiner Theil zur Erreichung des Zwecks hinreichte; es iſt auch hier mehr auf eine

---

ff) Dieſe Beſchränkung läßt ſich allenfalls in L. 1 C. Th. qui bonis (4, 20) finden, auf keinen Fall aber wird darin geſagt oder angedeutet, daß ſie ſchon durch die Lex Julia ſelbſt gemacht worden ſey.

Drohung gegen den Schuldner abgeſehen, die dieſen oder einen Freund deſſelben bewegen ſoll, zu zahlen oder einzuſtehen. Als das tiefe und empfindliche Gefühl der perſönlichen Freiheit ſich verlor, das auf dieſe indirecten Executionsarten geführt hatte, drängte ſich die gemeinverſtändige Betrachtungsweiſe hervor, welcher der Umweg thöricht erſchien, wo auf eine directere und ſofort zum Ziel treffende Art zu helfen war. Es ſind zwey ſolche unmittelbare Executionsarten, die in der dritten Periode eingeführt wurden. Die eine und ältere beſtand darin, daß der Magiſtrat durch ſeine Diener ſo viele Gegenſtände abpfänden ließ, als etwa zur Befriedigung des Gläubigers hinreichten, dieſe pignora capta wurden dann nach Ablauf von zwey Monaten durch den Magiſtrat verkauft, aus dem Erlös der Gläubiger befriedigt, der Ueberſchuß dem Schuldner zugeſtellt[gg]). Zur Vollſtreckung einer Sentenz und gegen den einer Geldſchuld Geſtändigen wurde dieß bey weitem das gewöhnlichere Verfahren; obwohl die Miſſio nicht ausgeſchloſſen wurde, war jenes doch für den Gläubiger das bequemere. Bey einem Indefenſus war es nicht anwendbar, hier blieb die Miſſio das ausſchließliche Mittel, ebenſo im Fall der Inſolvenz. Das andere directe Executionsverfahren betrifft die auf Reſtitution oder Exhibition einer Sache gerichteten Klagen. Wenn dem Beklagten durch das Arbitrium des Richters die Reſtitution oder Exhibition auferlegt iſt, und er weigert ſich deſſen, ſo blieb nach älterem Recht nichts übrig

---

gg) L. 15 §. 2 sqq. L. 31 D. de re iud. (42, 1) Cod. VIII. 23: si in causa iudicati pignus captum sit. Zuerſt kommt dieſe Anwendung der pignoriscapio vor in einer Conſtitution des Antoninus Pius L. 31 cit. In der lex rubria wird ſie noch nicht erwähnt. (Zuerſt wurde, wie bei der multa (Bd. I §. 53 g §. 79 s), Vieh (res mobiles animales), dann Grundſtücke (soli pignora), zuletzt iura genommen. Auf erſteres bezieht ſich der Ausdruck pignora caedere, concidere für die Vollziehung der Execution (Crassus ap. Cic. de or. III. 1. Tibull. IV. 13, 17), der dem partes secare Note m* entſpricht. R.)

als ihn in den Werth, wie ihn das iusiurandum in litem beſtimmte, zu condemniren, und dieſe Sentenz wurde dann auf die gewöhnliche Art vollſtreckt. Nun aber ſollte der Kläger auch eine directe Execution des Arbitriums fordern, nämlich darauf antragen können, daß dem Beklagten manu militari die Sache abgenommen und ihm zugeſtellt (oder vorgezeigt) werde, in welchem Fall der Beklagte dann nur noch wegen der Früchte und ſonſtigen Acceſſionen zu condemniren war [hh]). Wahrſcheinlich iſt dieſes Verfahren erſt gegen das Ende der dritten Periode aufgekommen.

Es war bisher von der Execution einer richterlichen Sentenz und was dieſer gleichſteht, die Rede. Zur Vollſtreckung eines Decrets hat der Magiſtrat, der es erlaſſen hat, vor allem die gewöhnlichen Mittel, die ihm ſein Imperium an die Hand giebt: die Röthigung durch Multa, Pignoriscapio, Prenſio der Perſon. Dieß ſind Zwangsmittel, keine eigentlichen Mittel der Vollſtreckung: die letzteren traten ein bey der extraordinaria cognitio, wo ſein Decret der Sentenz des Richters analog war. Hier nahm nun die Pignoriscapio zuerſt jenen Charakter an, der vorhin in ſeiner Anwendung auf die Vollſtreckung einer richterlichen Sentenz beſchrieben worden iſt [ii]). Aber auch die ordentlichen Executionsformen wurden

---

hh) Ulpian. L. 68 D. de rei vind. (6, 1). Gegen die Behauptung, daß dieſes Verfahren erſt der vierten Periode angehöre, und nur durch Interpolation in die Pandektenſtelle gekommen ſey, und ebenſo gegen die entgegengeſetzte, daß es von Alters her gegolten habe, ſiehe Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 330 ff. (Der Inſcription nach bezog ſich die Stelle urſprünglich auf die außerordentliche Fideicommißjurisdiction der Conſuln, die allgemeine Schlußclauſel wird ſpäter hinzugeſetzt ſeyn. Vgl. Wetzell, Vindicationsproceß S. 126. R.)

ii) L. 5 §. 10 D. de agnosc. lib. (25, 3) könnte auch von der Pignoriscapio als reinem Zwangsmittel verſtanden werden, unzweideutig aber ſpricht L. 31 D. de re iud. (42, 1) von ihrer neueren Beſchaffenheit, und dieſe Stelle iſt aus einem Werk über die (extraordinariae) cognitiones genommen, ferner L. 32 §. 4 D. de admin. tut. (26, 7).

auf die magiſtratiſchen Decrete übertragen, dieß geht daraus hervor, daß die actio iudicati (oder wie ſie genauer genannt wird quasi ex causa iudicati) daraus gegeben, und ſpäterhin das Decret ſelbſt oft sententia genannt wurde[kk]). Wenn endlich im ordentlichen Verfahren von dem Prätor eine Sache addicirt wird, ſo wird dem Kläger, wenn die Sache in iure gegenwärtig iſt, geſtattet ſie mit ſich zu nehmen, und ſo jener Ausſpruch direct vollſtreckt.

G. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXX. Wenn eine Sentenz die Erforderniſſe nicht hat, die für ihre Gültigkeit vorgeſchrieben ſind, ſo iſt ſie nulla, ſie iſt ſo wirkungslos, wie wenn ſie gar nicht geſprochen worden, alſo nicht einmal der äußere Schein einer Sentenz eingetreten wäre, jedem der ſie geltend machen will, kann ihre Nichtigkeit entgegengeſetzt werden[a]). Außer den ſchon oben (§. 175) vorgekommenen Gründen der Nichtigkeit gehören dahin: der Mangel eines gehörig beſtellten Judiciums, ſey es daß der Beſteller oder der Richter unfähig, oder die Beſtellung ſelbſt ungültig war[b]), ferner daß eine Partey zur Zeit der Sentenz handlungsunfähig oder ſchon geſtorben war, ohne daß ſie einen gehörig beſtellten Vertreter hatte[c]), daß eine

kk) L. 40 pr. 41 D. de minor. (4, 4) L. 75 D. de iudic. (5, 1).

a) Dig. XLIX. 8: quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. VII. 64: quando provocare non est necesse.

b) Vgl. §. 151—154. Cod. VII. 48: si a non competente iudice iudicatum esse dicatur. Es war vorgekommen, daß ein aus der Provinz entlaufener Sclave in Rom Prätor geworden war, man nahm in Erwägung der Verwirrung, die durch die Nichtigkeit ſeiner Acte entſtehen müßte, ihre Gültigkeit an L. 3 D. de off. praet. (1, 14). Eben ſo reſcribirt Caracalla für die Sentenz eines Richters, der zur Zeit des Proceſſes im unbeſtrittenen factiſchen Zuſtand der Freiheit ſich befand L. 2 C. de sent. omn. iud. (7, 45).

c) L. 9. 59 §. 3 D. de re iud. (42, 1) L. 2 D. quae sent. sine app. (49, 8).

Perſon condemnirt oder abſolvirt iſt, die den Proceß nicht geführt hat[d]). In einem Fall aber wird die Sentenz durch das bloße Stillſchweigen der beſchwerten Partey gültig: wenn ſie nicht gebührend gehört oder in ihrer Abweſenheit die Sentenz geſprochen worden iſt. Hier muß ſie daher ſofort nach erlangter Kenntniß von dieſem Vorgang eine Proteſtation (querela) einlegen, außerdem wird ſie als zuſtimmend, und darum die Sentenz als gültig erachtet[e]).

Eine gültige Sentenz, in der von dem Recht vorgeſchriebenen Art nach Ordnung des Judiciums zu Stande gekommen, war bis zu den Neuerungen, welche die dritte Periode auch über dieſen Punkt des Rechts brachte, unabänderlich wie ein Rechtsgeſchäft oder eine andere mit rechtlichen Wirkungen verſehene Thatſache. Nur einer Möglichkeit der Anfechtung war ſie ſo wenig, als andere civilrechtlich gültige Acte enthoben, der in integrum restitutio, wenn eine iusta causa dafür vorhanden war. Nicht bloß gegen eine unbillige Ordination des Judiciums (gegen die Litisconteſtatio) fand ſie Statt, wenn eine iniqua formula gegeben war, auf zu viel oder zu wenig, oder mit Verſäumung einer Exceptio (§. 167. 170), oder wenn ein Minderjähriger leichtſinnig eine Klage übernommen, und ſich dadurch der Strafe des Läugnens oder einem andern Nachtheil ausgeſetzt hatte, den er durch zeitige Nachgiebigkeit hätte vermeiden können[f]), ſondern auch gegen die res iudicata, und hier wieder nicht allein wenn die Unbilligkeit der Sentenz in der Formel liegt, ſondern auch wenn der Richter die ſelbſtſtändige Urſache der Läſion iſt. So kann ein Minderjähriger gegen eine ihm ungünſtige Sentenz, natürlich die ſonſtigen Erforderniſſe der Reſtitution vorausge-

---

d) L. 1. C. de sent. omn. iud. (7, 45).

e) L. 3 C. quomodo et quando iudex (7, 43).

f) L. 9 §. 2 D. de minor. (4, 4).

ſetzt, reſtituirt werden[g]), ein Großjähriger wegen Abweſenheit[h]), Dolus[i]), und andern Gründen der Reſtitution für Großjährige. Es iſt kein Grund zu zweifeln, daß dieſe Reſtitution auch ſchon vor der dritten Periode zuläßig geweſen und vorgekommen ſey[k]). Die Folge der Reſtitution iſt die Reſciſſion des Urtheils, und daher die Wiederherſtellung des Zuſtandes, wie er vor demſelben war, bey der Reſtitution gegen eine richterliche Sentenz wird daher die Möglichkeit eines neuen Judiciums eröffnet; wird gegen eine von dem Magiſtrat im Weg des außerordentlichen Verfahrens gegebene Entſcheidung reſtituirt, ſo giebt der reſtituirende Magiſtrat ſelbſt ſofort eine andere an der Stelle der aufgehobenen.

---

g) L. 42 D. de minor. (4, 4) (— quod appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores). L. 7 §. 12 L. 28. 29 §. 1 L. 44. 46 eod. L. 1 C. si adversus rem iudicatam restit. postuletur (2, 27).

h) L. 7 §. 12 D. de minor. (4, 4).

i) Paul. V. 5 a, 10 (falsis instrumentis religione iudicis circumducta) L. 33 D. de re iud. (42, 1) Cod. VII. 58: si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit. Auch die exceptio oder replicatio doli findet gegen die Berufung auf eine durch Dolus veranlaßte Sentenz Statt und Zurückforderung des Gezahlten L. 11 D. de except. (44, 1) L. 4 C. si ex falsis instr. Hieher gehört auch die Beſtechung des Richters, die Imperatoren haben conſtituirt, daß gegen eine dadurch erlangte Sentenz in integrum restitutio nicht nöthig ſeyn ſollte L. 7 C. quando prov. (7, 64).

k) Verres erließ ein beſonderes Edict, worin er in integrum restitutio gegen richterliche Sentenzen verſprach Cic. Verr. II. 13. 23 (vgl. Bd. I §. 67 Note i). Dieſe beſondere Ankündigung war für die Rechtsſicherheit gefährlich, ſie forderte jeden auf, ſich an den Prätor zu wenden, und von deſſen Willkühr eine Reſciſſion des ungünſtigen Urtheils zu hoffen. Ueberdieß hatte jener noch eine Drohung gegen die Richter, deren Urtheile er unrichtig befinden würde, hinzugefügt. Darum ſagt Cicero: quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem. Daß die Reſtitution gegen Sentenzen überhaupt damals etwas unerhörtes geweſen ſey, iſt daraus nicht zu entnehmen.

Gegen die beſchwerende Verfügung eines Magiſtrats gab es noch eine andere Hülfe. Sie beruht auf dem Recht gleichſtehender und höherer Magiſtrate und der Tribunen, gegen eine ſolche Verfügung zu intercediren, und ſie durch ihr Verbot wirkungslos zu machen. Der Beſchwerte konnte dieſe Hülfe anrufen, appellare, worauf der Angerufene entſchied, ob er von ſeinem Intercesſionsrecht zu ſeinen Gunſten Gebrauch machen wollte oder nicht. Dieſe Interceſſion fand vielfache Anwendung bey der Civilrechtspflege[l]), ein beſtimmtes Verfahren war nicht dafür vorgeſchrieben. Die Interceſſion der Tribunen hatte nur die Folge, daß der Act, gegen den ſie erfolgte, caſſirt wurde, eine andere Verfügung an die Stelle der caſſirten zu ſetzen, blieb dem Decernenten, gegen den die Tribunen angerufen waren, vorbehalten; war ein Prätor gegen die Verfügungen eines andern angerufen, ſo konnte von dieſem, wenn der Rechtsſtreit an ihn gebracht ward, zugleich ſelbſt die Sache vorgenommen und erledigt werden. Für dieſe Hülfe war in Rom durch die Anweſenheit der Tribunen und anderer Magiſtrate reichliche Gelegenheit gegeben, in den Provinzen fehlte es daran, da es neben dem Prätor keinen Magiſtrat daſelbſt gab, der das Recht der Interceſſion gegen jenen gehabt hätte. Die Sentenzen der Richter waren dieſem Einſchreiten gänzlich entnommen, ſie konnten vor der dritten Periode ſo wenig wie ein unter den Parteien geſchloſſenes Rechtsgeſchäft durch Appellation angefochten werden.

---

l) Beiſpiele der Appellation: gegen die Conception der Formel Cic. pro Tull. 38. Ascon. in orat. in toga cand. (Orell. p. 84), vgl. Bd. I §. 67 Note a, gegen die Auflage einer Caution Cic. pro Quint. 20, gegen die Fortſetzung eines Judiciums Cic. pro Cluent. 27, gegen Verfügungen in Cognitionen extra ordinem Gell. VII. 19 cf. Liv. XXXVIII. 60. (gegen Hinderniſſe der Execution Val. Max. VI. 5. R.) In allen dieſen Fällen waren Tribunen appellirt worden, von der Interceſſion des Collegen gegen die Verfügungen eines Prätors ſpricht Cic. Verr. I. 46. (Caesar de bell. civ. III. 20. R.)

CLXXXI. Es iſt eine der bedeutendſten Veränderungen, welche die Entſtehung des Principats mit ſich gebracht hat, und ein erſter Schritt zum ſpäteren Untergang des alten Ordo Judiciorum, daß in die tribunicia potestas des Princeps das Recht gelegt wurde, gegen Sentenzen der Richter, ſelbſt oder durch Bekleidung anderer Behörden mit dieſer Befugniß, einzuſchreiten. Daß an den Princeps gegen die Verfügungen aller Magiſtrate appellirt werden konnte, während umgekehrt gegen die ſeinigen keine Interceſſion zuläßig war, daß ferner der Princeps als ein überall gegenwärtiger Tribun betrachtet wurde, und daß man ihn daher auch im ganzen Reich, auch in den Provinzen anrufen konnte, das war eine bedeutende äußere Veränderung, die ſich aber doch noch vollkommen in die bisherige Ordnung einfügen ließ. Den Princeps aber in den Stand ſetzen, Appellationen gegen richterliche Sentenzen anzunehmen, und dieſe, nicht auf dem außerordentlichen Weg der In Integrum Reſtitutio aus den für dieſe beſtehenden Gründen, ſondern ordentlicher Weiſe und lediglich aus dem Geſichtspunkt, ob das Urtheil des Richters ein richtiges ſey, ſeiner Cognition unterwerfen, ſetzte eine Entfernung von der alten Anſicht über die Stellung des Juder voraus, die den Keim einer gänzlichen Umgeſtaltung des Proceſſes in ſich trug. Es ſetzte voraus, daß man den Juder ſelbſt als eine Art von Beamten, die Beſtellung deſſelben als eine Uebertragung magiſtratiſcher Functionen durch den beſtellenden Magiſtrat, als eine Delegation an einen Gehülfen ſich zu denken anfieng, deſſen Acte ſodann derſelben Anfechtbarkeit, wie die des Magiſtrats ſelbſt unterworfen waren. Es iſt damit nicht geſagt, daß dieſer Gedanke ſich ſofort in der ganzen Exiſtenz des Juder wirkſam erwieſen habe, vielmehr hielten die römiſchen Juriſten in andern Punkten, wo es irgend zuläßig war, an der alten Stellung des Juder und an dem Unterſchied der datio iudicis und der delegatio feſt (§. 151), erſt gegen das Ende der dritten Periode begann er einen allgemeineren Ein=

fluß zu erhalten, und ſchlug in der vierten zur Aufhebung der alten Ordnung aus. Deſſenungeachtet iſt es nicht weniger wahr, daß das Inſtitut der Appellation, wie es ſich in der dritten Periode ausbildete, unter dem, wenn auch noch vereinzelten, Einfluß jenes Gedankens entſtanden iſt.

Die Appellation, wie ſie ſchon bisher gegen Verfügungen der Magiſtrate ſtattgefunden hatte, zu ordnen, dazu ſah ſchon Auguſt ſich durch die Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege, die in den letzten Zeiten der freien Republik überhand genommen hatten, veranlaßt. In den Provinzen zumal hatte eine Erfolg verſprechende Hülfe bisher gar nicht beſtanden, niemand konnte die Möglichkeit der Anklage gegen einen pflichtvergeſſenen Regenten für ein Mittel halten, die Nachtheile einer ſchlecht von ihm geführten Juſtizverwaltung wieder gut zu machen und den davon Betroffenen zu erſetzen. Aber auch in Italien und in Rom ſelbſt wurde es Bedürfniß, durch eine feſte Ordnung die Hülfe zugänglicher und ſicherer zu machen. So ſtellte daher Auguſt das Princip der Möglichkeit einer Appellation von allen Behörden des Reichs an den Princeps auf, er delegirte die Appellationsſachen für Rom dem Präfectus Urbi, für die Provinzen Conſularen, ſo daß jede Provinz einen Conſularis in Rom als Appellationsrichter hatte[a]), ohne Zweifel machte er auch über das Appellationsverfahren ſelbſt Feſtſetzungen. Wie an den Princeps, ſo wurde auch eine Appellation an den Senat eingeführt, vielleicht für die Appellationen von den magistratus populi, Nero ſtellte ſie denen an den Princeps gleich[b]). Ob nun von Auguſt ſchon die Appellation von Sen=

---

a) Sueton. Octav. 33. vgl. Dio Cass. LII. 21. 33. Es war einer der vorübergehenden Einfälle Caligula's, daß er am Anfang ſeiner Regierung die republikaniſche Unabhängigkeit der Magiſtrate wiederherſtellen wollte und die Appellation an den Princeps aufhob Sueton. Calig. 16.

b) Tac. annal. XIV. 28: — auxitque patrum honorem statuendo, ut qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pe-

tenzen der Judices eingeführt wurde, iſt ungewiß, wahrſcheinlich hat man ſich anfangs hier noch damit begnügt, daß eine Abhülfe auf dem Weg der In Integrum Reſtitutio bey dem Magiſtrat, der den Richter beſtellt hatte, zu erlangen war. Dieß hätte aber dahin führen müſſen, die wahren Bedingungen der Reſtitution zu überſchreiten, die Ungerechtigkeit der Sentenz ſelbſt ſchon als eine iusta causa restitutionis zu behandeln, und ſo in der That unter dem Schein der Reſtitution zur Verwirrung der Begriffe eine wirkliche Appellation geltend zu machen. Deshalb kam man bald dahin, neben den Reſtitutionen, indem man dieſe auf ihre wahren Bedingungen beſchränkte, eine wahre Appellation von dem Judex an den Magiſtrat, der ihn beſtellt hatte, einzuführen, eine Appellation, die zur Zeit Marc Aurels in entſchiedener Gültigkeit beſtand [c]).

Neben der Appellation wird in einem Reſcript Alexanders das in duplum revocare erwähnt [d]), dieſelbe Zuſammenſtellung findet ſich bey Paulus [e]). Die actio iudicati gehört zu den Klagen, die infitiatione duplantur (§. 179 Note d); wenn es der Beklagte zu einer neuen gerichtlichen Verhandlung über dieſen Anſpruch treibt (§. 179 Note c), ſo wird er in das Doppelte condemnirt. Dieſes allein und ſchlechthin kann aber mit jenem revocare in duplum nicht gemeint ſeyn, denn es würde ſich nicht mit dem Rechtsmittel der Appellation haben zuſammenſtellen laſſen, auf der andern Seite aber ſind wir durch nichts veranlaßt, einen materiellen Unterſchied zwiſchen

---

cuniae periculum facerent, cuius ii qui imperatorem appellavere. nam antea vacuum id solutumque poena fuerat.

c) L. 1 pr. 3 D. quis a quo appelletur (49, 3) L. 1 §. 3 D. de appell. (49, 1).

d) Cod. Greg. lib. X tit. quibus res iudicata non noceat, 1: — eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti, aut in duplum revocare posse.

e) Paul. sent. V. 5 a, 7. Er ſagt, dieſe Revocatio finde keine Anwendung auf eine Confeſſio l. c. §. 5, und ſie falle gegen die Sentenz post longum tempus weg l. c. §. 8.

jener Anfechtung der Sentenz gegenüber der actio iudicati, und dieſer revocatio in duplum anzunehmen, ſo daß dieſe aus andern Gründen als jene, etwa wegen Ungerechtigkeit der Sentenz wie die Appellation, hätte geſchehen können. Das Eigenthümliche der Revocatio als eines beſonderen Rechtsmittels lag eben nur darin, daß in den Fällen, wo er die Ungültigkeit des Urtheils behauptet, der Condemnirte nicht die actio iudicati abzuwarten braucht, um ſodann dieſen Einwand dagegen vorzubringen, ſondern daß er die Frage der Ungültigkeit ſelbſtſtändig zur gerichtlichen Entſcheidung bringen kann, wobey er aber natürlich, wenn gegen ihn entſchieden wird, derſelben Strafe des Duplums unterliegt, die ihn bey der Anfechtung der Sentenz auf die actio iudicati trifft. Dieß iſt das Rechtsmittel der revocatio in duplum, welches alſo formell mit der Appellation verglichen werden kann, das aber materiell ganz anderer Art iſt, da es nicht auf die Ungerechtigkeit, ſondern auf die Ungültigkeit der Sentenz ſich gründet. Man könnte es eine Nichtigkeitsbeſchwerde nennen, nur daß es nicht als ein nothwendiges Mittel, die Nichtigkeit der Sentenz geltend zu machen, vorgeſchrieben, ſondern bloß eine Conceſſion an den Condemnirten war, der vielleicht Grund hatte zu wünſchen, daß die Frage früher, als ſein Gegner durch Anſtellung der actio iudicati ſelbſt Anlaß dazu gab, verhandelt und entſchieden werden möchte. Daß dieſes Rechtsmittel im juſtinianiſchen Recht nicht mehr vorkommt, erklärt ſich daraus, daß die actio iudicati nicht mehr auf das Duplum geht, unter dieſen Umſtänden ſchien es unpaſſend, die revocatio in duplum beizubehalten. Dem Fiscus, wenn er verurtheilt worden war, ſtand die Nichtigkeitsbeſchwerde ohne eine ſolche Strafe zu, ſie trug daher hier einen andern Namen, den der retractatio, und dieſe kommt noch im juſtinianiſchen Recht vor, iſt aber, wenn nicht ein Dolus dem Gegner zur Laſt fällt, auf die Zeit von drey Jahren beſchränkt[f]).

f) Cod. X. 9: de sententiis adversus fiscum latis retractandis.

Wir kehren zur Appellation zurück, über welche im Lauf der dritten Periode folgende Ordnung ſich bildete[g]).

Die Appellation iſt das Rechtsmittel, durch welches die Aufhebung und Abänderung einer an ſich gültigen richterlichen Verfügung durch ein höheres Gericht wegen Ungerechtigkeit derſelben verlangt wird. Durch die Möglichkeit dieſes Rechtsmittels verliert das einzelne Gericht die iſolirte Stellung, durch die ein Rechtsſtreit ſeiner Entſcheidung gänzlich und allein hingegeben iſt, es wird Glied einer Reihe, deren ſucceſſive Thätigkeit erſt das Reſultat definitiver Erledigung des Rechtsſtreits hervorbringt; dieſe Eigenſchaft Glied dieſer Reihe zu ſeyn, drückt das Wort Inſtanz aus. Der Inſtanzenzug iſt ſo geordnet, daß von dem Judex an den ihn beſtellenden Magiſtrat appellirt wird, von den Municipalmagiſtraten an den Prätor in Rom, oder den Juridicus (Bd. I §. 92), oder den Vorſteher der Provinz, von dieſen höheren Magiſtraten an den Senat oder an die, welchen der Princeps ſeine höchſte Jurisdiction aufgetragen hat. Von dieſen kann aber zuletzt noch an die Perſon des Princeps appellirt werden[h]). Dieß letztere iſt eigentlich gegen den Grundſatz, daß der Delegirte die Stelle des Delegirenden vertritt, alſo von jenem nicht an dieſen, ſo wenig als von einer Behörde an ſie ſelbſt appellirt werden kann[i]), die Ausnahme aber erklärt ſich dadurch, daß jener Auftrag des Princeps den Charakter der Uebertragung eines Amts annahm, wie auch bey den legati Caesaris, und dieß wurde nachher auch auf die Legati der Proconſuln übertragen, ſo daß von jenen an dieſe appellirt werden kann[k]). Das Ver=

---

g) Vgl. Paul. sent. V. 32—37. Dig. XLIX. 1—13.

h) L. 38 D. de minor. (4, 4) enthält einen Rechtsfall, in welchem in erſter Inſtanz der Prätor, in zweiter der Präfectus Urbi geſprochen hatte, und der nun der kaiſerlichen Entſcheidung vorlag.

i) L. 1 §. 1 D. quis a quo appelletur (49, 3).

k) L. 2 D. eod. vgl. §. 151 a. E.

fahren in der Appellationsinſtanz iſt ſtets eine extraordinaria cognitio, die Behörde, an welche appellirt wird, unterſucht und entſcheidet durch Decretum, ohne daß ein Judicium angeordnet wird. Durch das Decret wird die Beſchwerde entweder verworfen (iniustam esse appellationem) und die Sentenz beſtätigt, oder für gegründet erklärt und hiernach die Sentenz abgeändert. Die Appellation ſelbſt ſchon hat die Wirkung, daß bis zur Entſcheidung derſelben der gegenwärtige Zuſtand aufrecht zu erhalten iſt, daher z. B. die Sentenz, gegen die appellirt worden, nicht vollſtreckt werden darf (Suſpenſiveffect der Appellation)[l]).

War nun durch das Inſtitut der Appellation eine allgemein zugängliche Hülfe gegen ungerechte Verfügungen geöffnet, ſo lag die Möglichkeit eines Mißbrauchs derſelben zur Chikane und nachtheiligen Verzögerung zu nahe, als daß man nicht bald Beſchränkungen für nothwendig hätte erachten ſollen. Dieſe Beſchränkungen beſtehen zum Theil darin, daß gewiſſe Rechtsſachen und gewiſſe Verfügungen von der Appellation ausgenommen ſind. Vor allem ſetzt die Appellation ihrer Natur nach voraus, daß die Verfügung um ihrer Ungerechtigkeit willen angefochten werden kann, und dieß auch der Grund der Beſchwerde ſey. Die Appellation iſt nicht denkbar gegen eine Confeſſio, welche die Stelle eines Urtheils vertritt, der Confeſſus hat ſich ſelbſt verurtheilt, und kann ſein eignes Urtheil nicht anfechten[m]), daſſelbe mußte von einem Eid gelten, der die Stelle der Sentenz einnimmt (§. 173)[n]). Der in con-

---

l) Dig. XLIX. 7: nihil innovari appellatione interposita.

m) Paul. sent. V. 35, 2.

n) Juſtinian hat daſſelbe von einer Sentenz feſtgeſetzt, die auf einen deferirten Eid ſich gründet L. 12 §. 1 C. de rebus cred. (4, 1); nach altem Recht hatte ein ſolches iusiurandum in iudicio einen andern Charakter, ſ. §. 174 Note p.

tumaciam Verurtheilte kann nicht appelliren, weil das Urtheil als Strafe ſeines Ungehorſams zu betrachten iſt[o]). Ferner iſt die Appellation unſtatthaft gegen die nothwendigen Folgen eines Urtheils, alſo gegen die Execution (ihre Ordnungsmäßigkeit vorausgeſetzt), wenn das Urtheil ſelbſt nicht angefochten wird, oder werden kann[p]), ebenſo wenn ſie nicht auf die Ungerechtigkeit der Verfügung, ſondern auf die der Rechtsvorſchrift, die dadurch ausgeführt werden ſoll, gegründet wird[q]). Appellationen, bey denen es der Beſchaffenheit der Sache nach nur auf eine Verzögerung abgeſehen iſt, da die fragliche Verfügung ſelbſt nur die Beſeitigung eines nachtheiligen Verzugs zum Zweck hat, ſind unzuläßig[r]). Bey der Appellation an den Princeps war eine gewiſſe Summe als Betrag des Streitgegenſtands vorausgeſetzt[s]). Endlich ſetzt die Apellation die Exiſtenz eines höheren Gerichts voraus, von der Entſcheidung des Princeps und des Senats kann nicht appellirt werden; dieſe Eigenſchaft kann der Princeps der von ihm zur Entſcheidung eines einzelnen Falles beſtellten Behörde durch ausdrückliche Anordnung, daß keine Appellation von ihr ſtattfinden ſolle, geben; auch durch vorausgehenden Verzicht der Parteien kann derſelbe Erfolg herbeigeführt werden[t]).

Auch in dem für die Appellation vorgeſchriebenen Verfahren, und den dabey einzuhaltenden Friſten, durch deren Ver-

---

o) Paul. sent. V. 5 a, 7. L. 1. C. quorum appellationes non recipiuntur (7, 65) u. a.

p) Paul. sent. V. 35, 2. L. 4 pr. §. 1 D. de appell. (49, 1).

q) L. 7 §. 1 D. de appellation. recipiendis vel non (49, 5): item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quo minus fiat non permittitur appellare.

r) L. 7 pr. D. eod. Paulus (V. 35, 2) nennt ſie moratoriae appellationes.

s) Darauf deutet L. 10 §. 1 D. de appell. (49, 1).

t) Dig. XLIX. 2: a quibus appellari non licet.

ſäumung ſie verloren geht, liegt eine Beſchränkung derſelben. Sie kann ſofort bey der Fällung des Urtheils mündlich interponirt werden[u]), oder ſchriftlich durch einen libellus appellatorius, in welchem der Appellant und die Sentenz, gegen die appellirt wird, bezeichnet ſeyn muß[v]), dieß muß geſchehen innerhalb zwey Tagen von dem, der in eigenem Intereſſe appellirt (auch wenn jemand in dem Proceß nicht ſelbſt Partey war, aber durch die Sentenz irgendwie betroffen wird, kann er appelliren), innerhalb drey Tagen von dem der in fremdem Intereſſe z. B. als Procurator handelt[w]). Iſt die Appellation angenommen (gegen eine Verweigerung kann bey dem höheren Richter Beſchwerde geführt werden[x]), ſo hat der Appellant binnen fünf Tagen den Richter um die literae dimissoriae oder apostoli anzugehen, wodurch dieſer dem Appellationsrichter die eingelegte Appellation anzeigt[y]), und hat dieſelben in geſetzlicher Friſt dem Appellationsrichter nebſt den Acten einzuliefern[z]), mit dieſer Einführung der Appellation beginnt ihre Verhandlung vor dem höheren Richter[aa]). Wird die Appellation als ungegründet befunden, ſo muß der Appellant nicht bloß dem Gegner die ihm verurſachten Koſten vierfach erſetzen[bb]), ſondern er muß auch den dritten Theil des Werths vom Streitobject als Strafe zahlen, und wegen dieſes Succumbenzgeldes durch Bürgen oder durch Depoſition binnen fünf Tagen nach Empfang der Apoſtel cavi-

---

u) L. 2. 5 §. 4 D. de appell. (49, 1).

v) L. 1 §. 4 L. 3 D. eod.

w) L. 5 §. 4 L. 20 D. eod. Dig. XLIX. 4: quando appellandum sit et intra quae tempora.

x) L. 5. 6 D. de appell. recipiend. (49, 5).

y) Dig. XLIX. 6: de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur. Paul. sent. V. 34: de dimissoriis literis.

z) L. 5 C. de appell. (7, 62).

aa) Paul. sent. V. 35: de reddendis causis appellationum.

bb) Paul. sent. V. 37.

ren[cc]), eine Maßregel, von welcher am erſten eine Unterlaſſung muthwilliger Appellationen zu hoffen war.

Durch die Möglichkeit der Appellation iſt der Begriff der Rechtskraft einer Sentenz als ein von dem der Gültigkeit verſchiedener entſtanden. Ein Urtheil kann gültig, und doch nicht rechtskräftig ſeyn, d. h. nicht die Wirkungen der res iudicata haben. Rechtskräftig iſt ein Urtheil dann, wenn es gültig und keine Appellation mehr gegen daſſelbe ſtatthaft iſt.

---

cc) Paul. sent. V. 33: de cautionibus et poenis appellationum.

Zweites Kapitel.

Geſchichte des Civilproceſſes in der vierten Periode.

A. Untergang des Ordo Judiciorum.

CLXXXII. Die alte Ordnung des Verfahrens, wonach auf der einen Seite zwiſchen dem Recht und dem daſſelbe anwendenden Richter der Magiſtrat vermittelnd ſtand, auf der andern Seite der Richter zwiſchen dem einzelnen Bürger und der magiſtratiſchen Gewalt, war ſchon in der dritten Periode durch die Vermehrung der extraordinariae cognitiones, und wie wir zuletzt geſehen haben auch durch das Inſtitut der Appellation durchbrochen worden, unter Diocletian wurde ſie ganz beſeitigt. Von da an konnte man ſagen, alle Judicia ſeien extraordinaria[a]). Ein Geſetz Diocletian's v. J. 294 enthielt wahrſcheinlich umfaſſende Beſtimmungen über dieſen Gegenſtand. Wir beſitzen davon nur einen Auszug im juſtinianiſchen Codex[b]), der die Präſides anweiſt, ſich überall als die unterſuchenden und entſcheidenden Gerichtsbehörden zu betrachten. Nur wo ſie mit gerichtlichen oder Geſchäften anderer Art ſo überhäuft ſeien, daß ihnen die eigene Unterſuchung und Ent-

---

a) §. 8 I. de interd. (4, 15): — quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia —. pr. I. de success. subl. (12). *b*) L. 2 C. de pedaneis iudicibus (3, 3).

ſcheidung aller Proceſſe unmöglich werde, ſollte ihnen erlaubt ſeyn, iudices pedanei (§. 154 a. E.) zu beſtellen, immer aber auch hier ſo daß die Rechtsſachen, welche ſchon nach früherem Recht extra ordinem behandelt wurden, und namentlich auch die Freiheits= und Ingenuitätsproceſſe, ihrer eigenen Cognition verbleiben müßten. Julian erlaubte 362 überhaupt, die geringfügigeren Sachen ſolchen zu beſtellenden Richtern zu überlaſſen[c]). Dieſe Geſetze ſind nicht ſo zu verſtehen, als wenn nach ihnen der Ordo Judiciorum, nur ſehr beſchränkt, hätte fortdauern ſollen. Die Meinung war keineswegs die, daß in jenen Rechtsſachen ein zwiſchen dem Magiſtrat und dem Judex getheiltes Verfahren ſtattfinden ſollte, vielmehr wurde der ganze Proceß, ohne maßgebende Vorbereitung durch den Magiſtrat, dem iudex pedaneus delegirt. Auch hier alſo war das Verfahren ein außerordentliches im Sinne des älteren Rechts, nur daß der Magiſtrat ſtatt ſeiner eine andere Perſon ſubſtituirte.

B. Gerichtsverfaſſung.

CLXXXIII. Die Juſtiz wird durch Behörden verſchiedener Art verwaltet[a]). Vor allem ſind es kaiſerliche Beamte, in verſchiedener Abſtufung und Unterordnung, für dieſe wird vorzugsweiſe der Ausdruck iudices gebraucht; ſie ſind theils iudices civiles theils iudices militares (Bd. I §. 125). Außer dieſen giebt es noch ſtädtiſche Gerichte, welche nun ausſchließlich als magistratus bezeichnet werden (Bd. I §. 123), ſie ſind den kaiſerlichen Behörden ſubordinirt. Endlich iſt auch den geiſtlichen Behörden eine exceptionelle, aus der Stufenleiter der Gerichte heraustretende Gerichtsbarkeit beigelegt (Bd. I

---

c) L. 5 C. eod.

a) Vgl. zu dem Folgenden Bd. I §. 121 ff., wo eine nähere Darſtellung dieſer Behörden gegeben iſt.

§. 126). Ueber allen dieſen Richtern ſteht der Kaiſer als oberſter Richter, an welchen Rechtsſachen theils durch ein Rechtsmittel gegen Urtheile unterer Inſtanzen (§. 187), theils auch ſonſt gebracht werden können durch Supplik der Parteien oder Bericht des Richters (§. 178). Dieſe letzteren Anfragen, wodurch die Behörden in zweifelhaften Sachen dem Kaiſer die Entſcheidung überließen, hat Juſtinian in einer Novelle verboten[b]), auf Parteyſupplicationen pflegten die Kaiſer durch Reſcript einen Richter zu beſtellen, dem ſie die Unterſuchung und Entſcheidung übertrugen.

Nicht bloß vermöge eines Amts, mit welchem die Jurisdiction verknüpft iſt, kann jemand zu richterlichen Functionen berufen ſeyn, ſondern auch durch einen Auftrag von Seiten einer ſolchen Behörde. Die Befugniß aber, die Jurisdiction zu mandiren, die nach dem Staatsrecht der Republik in Beziehung auf die Civilrechtspflege unbeſchränkt den Magiſtraten zuſtand, war ſchon in der dritten Periode beſchränkt worden, und wurde jetzt in der alten Art ganz aufgehoben. Man verlangte von dem Beamten, daß er ſein Amt ſelbſt verſehe, den Umfang ſeiner Geſchäfte glaubte man ſo beſtimmt zu haben, daß das Bedürfniß einer Aushülfe für ganze Zweige der Verwaltung in der Regel nicht exiſtirte, und am wenigſten wäre man geneigt geweſen, die Beſtellung eines ſolchen regelmäßigen, ihn vertretenden Gehülfen ſeinem Gutdünken zu überlaſſen. War er wirklich zeitig verhindert ſein Amt zu verwalten, ſo beſtellte der Kaiſer oder der Präfectus Prätorio einen interimiſtiſchen Verweſer, vices agens[c]), bey den ſtädtiſchen Obrigkeiten wurden dieſe Stellvertreter wahrſcheinlich unter Mitwirkung des Präſes Provinciä ernannt, nur bey den Provincialregenten, die noch den alten Titel Proconſul führten,

---

b) Nov. 125, wahrſcheinlich v. J. 544.

c) Cod. I. 50: de officio eius qui vicem alicuius iudicis vel praesidis obtinet.

hatte man als eine herkömmliche Einrichtung die Legaten und den Begriff der mandata iurisdictio beibehalten, und ſie kommt bey ihnen noch in der juſtinianiſchen Geſetzgebung vor, nur hatten ſich die alten Grundſätze auch hier ſchon in der dritten Periode bedeutend modificirt, ſo daß der Legat als eine eigene dem Proconſul untergeordnete Behörde erſchien (§. 151 a. E.). Dagegen wurde es ſehr häufig, daß die Behörden für einzelne Rechtsſachen Commiſſarien beſtellten, deren Function ſich auf den einzelnen ihnen zur Unterſuchung und Entſcheidung übertragenen Rechtsſtreit beſchränkte; dieß iſt unter den Ausdrücken iudicem delegare, causae delegatio zu verſtehen. Dahin gehört denn auch die Beſtellung eines iudex pedaneus (§. 182), die den unteren Behörden unter Umſtänden geſtattet war. Auf dieſe Weiſe ſuchte man die Zumuthung an die Beamten, ihr Amt in ſeinem ganzen Umfang auch wirklich ſelbſt zu beſorgen, mit der factiſchen Unmöglichkeit, dafür die nöthige Zeit zu finden, auszugleichen. Mit der alten mandata iurisdictio ließ ſich dieſe Delegation nicht wohl vergleichen, eher, wenigſtens für die Vorſtellungen der damaligen Zeit, mit der alten iudicis datio, und ſo konnten die Verfaſſer der juſtinianiſchen Pandekten Stellen, die von den Judices in dem ordo iudiciorum privatorum handelten, aufnehmen, indem ſie nunmehr auf jene iudices delegati bezogen wurden.

Bey jedem Gericht iſt eine Anzahl Advocaten (iuris periti, scholastici, viri dissertissimi) angeſtellt, die in einer Matrikel verzeichnet ſind[d]). Die Zahl iſt geſetzlich beſtimmt, ſo für das Gericht des Präſes Provinciä auf dreißig, ſie ſteigt bis zu dem des Präfectus Prätorio auf hundert bis hundert und funfzig. Die immatriculirten Advocaten eines Gerichts (statuti) bilden eine Corporation, in der die Glieder nach und nach aufrücken bis zur erſten Stelle, die der advocatus fisci einnimmt, und aus welcher man ſodann in den höheren Staatsdienſt über-

---

d) Cod. II. 7: de advocatis diversorum iudiciorum.

geht. Außer dieſen giebt es aber noch supernumerarii, welche die Anwartſchaft auf das Einrücken in das Collegium haben. Die Advocaten werden von dem Richter angeſtellt, über die Fähigkeit aber zur Advocatur beſtehen theils die alten Vorſchriften aus dem prätoriſchen Edict de postulando, theils neue, wohin namentlich die Nachweiſung des geſetzlichen Rechtsſtudiums und der Erwerbung der nöthigen Kenntniſſe durch eidliche Zeugniſſe der Lehrer gehört. Die Honorarien ſind geſetzlich beſtimmt, wenigſtens ſo daß ein Maximum derſelben theils für einzelne Handlungen theils für die Dienſtleiſtungen in einem Rechtsſtreit überhaupt vorgeſchrieben iſt[e]). Der Dienſt der Advocaten beſtand übrigens bloß in den mündlichen Anträgen und Ausführungen, die Abfaſſung der Proceßſchriften war nicht ihre Sache, ſondern die der Tabelliones (forenses, pragmatici), der für die Abfaſſung von Urkunden über Rechtsgeſchäfte und ſonſtiger Rechtsſchriften conceſſionirten Perſonen[f]).

Die frühere Oeffentlichkeit des Verfahrens wurde immer mehr beſchränkt. Zuletzt wurden die Gerichtsſitzungen ausſchließlich in dem secretarium, einem geſchloſſenen Gemach, zu welchem das Volk keinen Zutritt hatte, gehalten. Nur die mit einer Dignität Bekleideten hatten außer den Parteien und ihren Beiſtänden das Recht den Sitzungen beizuwohnen. Doch geſchah es noch zuweilen, daß die Wand oder der Vorhang, wodurch das Secretarium gegen die dem Volk zugänglichen Räume abgeſchloſſen war, entfernt und die Verhandlung dem Volk ſichtbar gemacht wurde.

Die Einführung des Chriſtenthums veranlaßte, unter Beibehaltung der ſchon von Marc Aurel (§. 158 a. E.) befolgten

---

e) Im juſtinianiſchen Recht kommt die Summe von 100 Aurei als die licita quantitas pro singulis causis vor L. 1 §. 12 D. de extrao. cogn. (50, 13).

f) Das Nähere ſ. in Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 16. 17.

Maxime, die Gerichtstage zu vermehren, eine Reform der feriae. Ein Geſetz von Valentinian II vom J. 389 ordnete darüber folgendes an[g]). Als Regel wurde ausgeſprochen, daß alle Tage iuridici ſeyn ſollten. Ausnahmen ſollten machen die Erndte- und Weinleſe-Ferien, die aus dem älteren Recht herübergenommen wurden, eben ſo der erſte Januar, ferner die Gründungstage der beiden Hauptſtädte, und die Tage der Geburt und des Regierungsantritts der Kaiſer. Dazu kommen nun als kirchliche Feſte die Sonntage, und die Oſterzeit (die beiden Wochen, welche Oſtern einſchließen). Später wurden noch hinzugeſetzt das Weihnachtsfeſt, das der Erſcheinung, und die Zeit der „commemoratio apostolicae passionis" (Pfingſten)[h]).

Vom fünften Jahrhundert an kommen sportulae, Gebühren vor, welche an die Officia bezahlt werden müſſen, für die Geſchäfte, die dieſen Unterbeamten obliegen: Citationen, Einführung, Protokolle u. ſ. f. Auch die iudices pedanei erhalten Sporteln, nicht die Behörden ſelbſt[i]).

C. Verfahren.

a. Einleitung des Verfahrens.

CLXXXIV. Zur Zeit Conſtantin's und ſeiner Nachfolger war die regelmäßige Einleitungsform die Denuntiatio, welche ſchon in der dritten Periode eingeführt worden war (§. 160). Dieſe Denuntiatio war urſprünglich ein Privatact geweſen, Conſtantin ſchrieb vor, daß ſie zu Protokoll vor einer mit dem ius actorum conficiendorum verſehenen Behörde geſchehen müſſe[a]). Dieſe Einleitungsform war wegen der dem

---

g) L. 19 C. Th. de feriis (2, 8), mit Zuſätzen im juſt. Codex: L. 7 C. eod. (3, 12). *h*) L. 7 C. cit. vgl. L. 24 C. Th. de feriis (2, 8) L. 5 C. Th. de spectac. (15, 5).

i) Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 20.

a) L. 2 C. Th. de denunt. (2, 4).

Beklagten verſtatteten Friſt von mehreren Monaten mit einer bedeutenden Verzögerung der Sache verbunden. Daher wurden gewiſſe Klagen davon ausgenommen, unter andern alle Interdicte.

Im juſtinianiſchen Recht kommt die Denuntiatio nicht mehr vor. Hier geſchieht die Einleitung durch einen libellus conventionis, eine Klagſchrift, welche der Kläger dem Gericht übergiebt, und die eine kurze Bezeichnung der Klage, ihres Gegenſtands, und die Unterſchrift des Klägers enthalten ſoll. Dieſer muß zugleich die doppelte Erſtattung der dem Beklagten verurſachten Koſten, wenn er nicht binnen zwey Monaten litem conteſtire, die Fortſetzung des Proceſſes bis zum Urtheil, und den Erſatz der Proceßkoſten, wenn er unterliegen würde, an den Beklagten caviren. Auf dieſe Klaganmeldung, wie wir ſie nennen können, erläßt der Richter eine Verfügung (eine interlocutio, auch das Wort sententia wird dafür gebraucht), wodurch er die Klage entweder verwirft, oder, wenn er ſie annimmt, die Ladung des Beklagten befiehlt, ein Befehl, der mündlich an den dafür beſtimmten Bedienſteten oder ſchriftlich gegeben, und commonitio, conventio u. ſ. f. genannt wird. Dieſe Ladung, zugleich mit dem Klaglibell, wird dem Beklagten von einem Executor des Gerichts inſinuirt. Der Executor hat den Beklagten an dem beſtimmten Tag zu ſtellen, dieſer muß ihm cautio iudicio sisti ſtellen, regelmäßig durch Bürgen, ausnahmsweiſe durch bloßes eidliches Verſprechen. Stellt er die Caution nicht, ſo muß er, wenn er nicht zu den befreiten Perſonen gehört, dem Executor folgen, um von dieſem in Gewahrſam genommen oder im öffentlichen Gefängniß gehalten zu werden. Die Friſt, die dem Beklagten zwiſchen der Citation und dem Anfang der Verhandlung gelaſſen werden muß, hat Juſtinian auf 20 Tage geſetzt, früher war ſie zehn. Die Grundſätze von der in ius vocatio und der editio actionis wurden auf dieſe neuere Einleitung: Libell und Ladung, angewendet, daher jene Ausdrücke auch noch in der juſtinianiſchen Compi-

lation als praktiſche Begriffe vorkommen, obwohl ſie ihre urſprüngliche Bedeutung verloren hatten[b]).

Die Entſtehung dieſer Einleitungsart und das Verſchwinden der Denuntiatio, worüber uns ausdrückliche Nachrichten fehlen, iſt ſo zu denken. Conſtantin hatte verordnet (Note a), daß die Denuntiatio zu gerichtlichem Protokoll geſchehen müſſe, nur nicht gerade bey dem competenten Richter. Wenn man nun einen Schritt weiter gieng, und es für das Einfachſte hielt, den Kläger lieber gleich an den competenten Richter zu weiſen, ſo wäre es freilich unpaſſend geweſen, dieſe Einleitung durch das Erforderniß der Gegenwart des Beklagten zu erſchweren. Man mußte alſo eines von beiden wählen, und ließ das letzte fallen, wodurch die Denuntiatio noch immer mit der älteſten Einleitungsart: der In Jus Vocatio und dem Vadimonium zuſammenhieng. Mit der Gegenwart des Beklagten aber beſeitigte ſich auch die des Klägers. So hatte man, was ein Vortheil ſchien, erreicht, das Verfahren von dem erſten Schritt an unter die Mitwirkung und Obhut des Gerichts zu ſtellen. Möglich daß man dafür noch eine Zeit lang fort und fort den Ausdruck denuntiatio brauchte, der eigentlich nicht mehr paßte, und dadurch würde ſich vielleicht erklären, warum keine beſondere Aufhebung dieſer Einleitungsform erwähnt wird; eine angemeſſenere Bezeichnung bot ſich durch den ſchon in der dritten Periode entſtandenen Gebrauch dar, Geſuche gewiſſer Art durch einen libellus der Behörde vorzutragen, in der Art war nun durch jene Aenderung dieſe Antragsform auf Proceſſe übergegangen.

Neben jener ordentlichen Erhebung des Rechtsſtreits iſt übrigens in der vierten Periode auch noch der Reſcriptsproceß (§. 178) als eine außerordentliche ſtehen geblieben.

---

b) S. über alles dieſes Bethmann-Hollweg Handbuch I §. 22.

b. Cognitio.

CLXXXV. Die Verhandlungen unter beiden Parteien gehen vor ſich, indem ſie oder ihre Vertreter in den dazu angeſetzten Terminen vor Gericht erſcheinen. Das ganze die endliche Entſcheidung vorbereitende Verfahren beſteht aus ſolchen einzelnen Verhandlungen über die verſchiedenen Punkte, von denen das richterliche Urtheil abhängt, ſie heißen cognitiones, διαγνώσεις.

Die erſte dieſer Cognitionen iſt die litis contestatio. Der Kläger hat an dieſem erſten Termin ſeine Klage näher und ausführlich in mündlicher Rede vorzutragen (narratio), darauf antwortet der Beklagte (responsio, contradictio); damit iſt der Proceß förmlich eröffnet. Dieß iſt es was in dem Proceß der vierten Periode Litis Conteſtatio heißt[a]). Vorausgeſetzt wird dabey, daß die Antwort des Beklagten von der Beſchaffenheit iſt, daß er den Proceß übernimmt; es iſt keine Litis Conteſtatio, wenn er ſofort geſtändig iſt, dieſe confessio in iure, wie ſie noch immer genannt wird, hat auch noch die Wirkung des Urtheils, ferner wenn er die Einlaſſung z. B. wegen Incompetenz des Richters verweigert. Unmittelbar nach der Litis Conteſtatio müſſen nach der Vorſchrift Juſtinian's die Parteien und ihre Advocaten ſchwören, daß ſie von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt ſind[b]).

Bey dieſer an die Stelle einer ſehr genau beſtimmten Form getretenen ſehr vagen Art der Klaganſtellung wurde es recht klar, daß der größte Theil der Klagarten und Unterſchiede, die oben (§. 165 f.) in ihrem Zuſammenhang mit der Geſtaltung

---

a) Am beſtimmteſten iſt dieß ausgeſprochen in L. 14 §. 1 C. de iudic. (3, 1): patroni autem causarum — cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, — iuramentum praestent —. Vgl. auch die nach dem neuen Recht umgeſtaltete L. un. C. de litis cont. (§. 172 Note p).

b) Cod. II. 59: de iureiurando propter calumniam dando. L. 14 §. 1 C. de iudic. (3, 1).

der formulae vorgetragen worden ſind, eine über dieſe Verbindung hinausreichende und von ihr unabhängige Bedeutung hat. Dieſe Unterſchiede haben daher den Formularproceß überdauert, und gelten im Weſentlichen und nach Abſtreifung des beſondern Gewandes, das ſie in jener Verbindung annahmen, auch für das neuſte Recht[c]). Am meiſten gilt dieß von den Unterſchieden, die einen rein materiellen Urſprung und Charakter haben, von dem die proceſſualiſche Geſtalt nur die Folge und Acceſſion iſt, ſo namentlich von dem Gegenſatz der in personam und in rem actiones. Auch der Begriff der utilis actio iſt an ſich kein proceſſualiſcher; dagegen hätte er als ein unpraktiſcher darum erſcheinen können, weil er nur auf das hiſtoriſche Verhältniß einer gewiſſen Klage zu einer andern hinweiſe[d]), aber ſofern eben dieſes Verhältniß die Natur der Klage beſtimmt und über ſie Aufſchluß giebt, war es von Intereſſe, dieſe Bezeichnung beizubehalten, und dieß iſt denn auch in den juſtinianiſchen Sammlungen geſchehen. Eine weit proceſſualiſchere Natur hat ſchon der Unterſchied von bonae fidei und stricti iudicii actiones, und einige Folgen deſſelben hiengen eng mit dem Formularproceß zuſammen, aber die meiſten und wichtigſten ließen ſich auch auf den nicht durch eine Formula inſtruirten Richter anwenden; namentlich ſoweit der Gegenſatz als einer der Obligationen ſelbſt, aus denen die Klagen entſpringen, aufzufaſſen iſt, wird für ſeine Wirkungen die Proceßform gleichgültig ſeyn, und ſo iſt auch dieſer Unterſchied in das juſtinianiſche Recht übergegangen. In Beziehung auf das Gemeinſchaftliche der actiones arbitrariae mit den

---

c) So ſind ſie daher auch im juſtinianiſchen Recht, namentlich im 6 Titel des 4 Buchs der Inſtitutionen dargeſtellt, nur daß hier noch mancher ſolcher Anſatz, manche Spur des alten Zuſammenhangs ſichtbar geblieben iſt.

d) Denn nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur —, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum L. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5).

bonae fidei actiones hat ſogar auch dieſer Begriff, obwohl ſeinem Urſprung nach rein proceſſualiſch und mit dem Formularſyſtem verwachſen, ſich erhalten. Dagegen ſind die Namen actiones praescriptis verbis und in factum actiones bloße Namen ohne Bedeutung geworden, die nur als herkömmliche Bezeichnungen für gewiſſe Klagen, ohne dieſen einen beſonderen Charakter irgend einer Art zu prädiciren, beibehalten worden ſind.

In dem Termin der Litisconteſtation können auch die Einreden von dem Beklagten vorgebracht werden, die dilatoriſchen müſſen es. Dieß gilt ſowohl von denen, welche ſich auf das Verfahren ſelbſt beziehen, als von den das Recht des Klägers betreffenden. Aber es iſt ein Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Claſſen, die erſten z. B. die Einrede der Incompetenz, der mangelnden Legitimation des Procurators rc. müſſen vor der Einlaſſung nicht bloß vorgeſchützt, ſondern auch verhandelt und bewieſen werden, worauf der Richter durch Interlocut darüber entſcheidet[e]), während Verhandlung und Beweis der andern dilatoriſchen Einreden (z. B. der exceptio ne intra certum tempus petatur) ausgeſetzt wird bis zu der Zeit, wo auch die peremtoriſchen verhandelt werden[f]). Die peremtoriſchen Einreden können ſchon bey der Litisconteſtation, aber eben ſo gut in jedem ſpäteren Stadium des Proceſſes, ſo lange nur die Sache noch nicht rechtskräftig entſchieden iſt, vorgebracht werden, und in jedem Fall kommen ſie zur Verhandlung erſt dann, wenn der Kläger was ihm obliegt, bewieſen hat.

Von den Exceptionen in Beziehung auf die oben (§. 170) vorgetragene Theorie derſelben iſt vor allem ähnliches zu ſagen, wie vorhin von den Klagen. Exceptiones, replicatio-

---

e) Bethmann=Hollweg I S. 263. 405 f.

f) L. 19 C. de probat. (4, 19): exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.

nes etc. als Beſtandtheile der Formel gab es nicht mehr, denn es gab keine Formulä mehr; ſoweit ihre Theorie ſich weſentlich auf dieſe Proceßform bezieht, iſt ſie im juſtinianiſchen Recht antiquirt, und der Satz z. B. doli exceptio b. f. iudiciis inest, hat hier keinen proceſſualiſchen Sinn mehr. Ja noch mehr: durch die Formloſigkeit des neueren Verfahrens in Beziehung auf die peremtoriſchen Exceptionen haben dieſe überhaupt aufgehört, einen beſonderen proceſſualiſchen Begriff zu bilden, ſie ſind in dem allgemeineren von Einwendungen, d. h. Vorbringen von Umſtänden, wodurch der Beklagte von dem Anſpruch des Klägers befreit zu ſeyn behauptet, verſchlungen. Der Unterſchied zwiſchen einer Vertheidigung, wodurch der Beklagte das Recht des Klägers als vernichtet und damit die Intentio ſelbſt als unrichtig darſtellt, und derjenigen, wodurch er die an ſich und ipso iure richtige unwirkſam macht, der Unterſchied alſo z. B. zwiſchen dem Einwand der Zahlung und der exceptio pacti de non petendo hat als ein proceſſualiſcher aufgehört, von beiden Arten der Vertheidigung gelten an ſich proceſſualiſch dieſelben Grundſätze. Aber über das Schickſal des materiellen Begriffs der Exceptio iſt damit noch nichts entſchieden[g]), dieſer beſteht noch in ſeiner ganzen Reinheit gegenüber den Umſtänden, welche den Anſpruch des Klägers ipso iure vernichten, die Differenz der rechtlichen Beurtheilung des einen und des andern Falls hat an materieller Wichtigkeit nichts verloren[h]).

In den folgenden Terminen kommt es nun zur Verhandlung und zum Beweis über die theils im erſten vorgebrachten, theils nun ſucceſſiv zum Vorſchein kommenden Thatſachen,

---

g) Einen ſolchen Schluß von der proceſſualiſchen Seite der Frage auf die materielle macht J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilproceſſes 1835. S. dagegen Savigny Syſtem V §. 228.

h) Dieß wird ſich unter andern in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen ergeben.

welche die Parteien anführen, und von denen die Entſcheidung abhängt. Vor allem hat der Kläger den Grund ſeiner Klage, ſoweit er ihm verneint iſt, zu beweiſen; iſt dieß geſchehen, ſo trifft die Reihe den Beklagten, es wird über die Exceptionen und ſonſtigen Thatſachen, auf die er ſeine Vertheidigung gründet, verhandelt und Beweis geführt. Bey jedem Punkt, der auf dieſe Weiſe zur Frage kommt, können die Parteien eine Vertagung zur Beiſchaffung der Beweismittel (dilatio instrumentorum causa) verlangen, nach Umſtänden werden ihnen drey, ſechs, ja neun Monate verwilligt. Die Zeugen werden von dem Richter vorgeladen, und nach vorgängiger Beeidigung in Gegenwart der Parteien verhört, über ihre Ausſage ein Protokoll aufgenommen. Die Aechtheit der Urkunden wird durch Recognition des Tabellio, der ſie aufgenommen hat, oder der Zeugen, die dabey zugezogen worden ſind, oder auch durch Eideszuſchiebung, nur im Nothfall durch Schriftenvergleichung bewieſen. Der Beweis kann endlich durch Eideszuſchiebung geführt werden, oder der Richter legt einer Partey den Eid auf, um ſeine Ueberzeugung zu vervollſtändigen. Die Partey, welche den Eid zugeſchoben hat, kann gegen das Urtheil das und ſoweit es auf dieſen Eid gegründet iſt, nicht appelliren, wohl aber kann ſie bis zur rechtskräftigen Entſcheidung die Eidesdelation zurücknehmen, und einen andern Beweis ſubſtituiren, von dem ſie aber dann nicht wieder auf den Eid zurückkommen kann[1]. Die Partey, welcher der Eid von dem Gegner deferirt oder von dem Richter auferlegt iſt, kann ihn in jenem Fall zurückſchieben, in beiden Fällen recuſiren; erkennt der Richter die Recuſation als ungegründet, ſo wird dieſer Punkt für jetzt als erledigt betrachtet, und im Endurtheil gegen den Recuſanten entſchieden, dem aber bey der Appellation gegen daſſelbe frey ſteht, die Verwerfung ſeiner Re-

---

1) L. 11 C. de reb. cred. (4, 1).

cuſation anzufechten. Nach Juſtinian's Vorſchrift ſoll der Beweis durch Eid ſtets ſofort, wie ein anderer erledigt werden, während vor Juſtinian erſt im Endurtheil die Eidesdelation beſtätigt, der Eid durch den Richter auferlegt wurde mit dem Ausſpruch, wie es im Fall der Leiſtung oder Nichtleiſtung gehalten werden ſolle, und die Eidesleiſtung mithin erſt dann erfolgte, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden war[k]).

Die einzelnen Cognitionen können ſich durch ſtetes Vorbringen neuer Thatſachen und Beweiſe ins Unendliche vermehren. Der Richter iſt ſogar verpflichtet, die Parteien wiederholt zu fragen, ob ſie nicht noch etwas neues vorzubringen hätten. Nur ſoll er freilich die geſetzliche Zeit einhalten, auf welche die ganze Dauer des Proceſſes beſchränkt iſt, nach juſtinianiſchem Recht ſind es regelmäßig drey Jahre. Und dann hat Juſtinian noch jeder Partey ein Mittel in die Hand gegeben, die reichliche Gelegenheit zu Verzögerungen, die jene Schrankenloſigkeit der Cognitionen dem Gegner darbietet, abzuſchneiden: wenn ſie auf weiteren Vortrag verzichtet, ſo hat der Richter dem Gegner drey monatliche Friſten zu ſetzen, nach deren Ablauf er mit ſeinem Anbringen ebenfalls ausgeſchloſſen iſt[l]).

Der Contumacia des Beklagten, ſowohl bey der Einlaſſung als bey der Fortſetzung des Proceſſes, wird, abgeſehen von einzelnen Zwangsmitteln (Geldbußen, Fälligkeit der stipulatio iudicio sisti, Realcitation durch Anwendung von Gewalt), durch das einſeitige Verfahren, eremodicium, begegnet, nachdem der Beklagte noch durch Edicta vorgeladen iſt (§. 176 vgl. 174 a. E.). Die Folge ſeines Ungehorſams iſt alſo jetzt nie mehr daß er pro damnato gilt, ſondern er wird als abläugnend betrachtet, und der Kläger zum Beweis gelaſ-

---

k) L. 12 C. eod.

l) L. 9. 13 C. de iudic. (3, 1) Nov. 115 c. 2. Ueber alles Obige vgl. Bethmann-Hollweg I §. 23. 24.

ſen, worauf wie ſonſt das Urtheil geſprochen wird. Bey Vindicationen ſteht dem Kläger noch ein anderer Weg offen; er kann einſtweilen in den Beſitz geſetzt zu werden verlangen, wobey dem Beklagten vorbehalten bleibt, ſeinerſeits als Kläger aufzutreten [m]).

Bey manchen Rechtsſachen iſt dem Richter befohlen, mit beſonderer Sorgfalt darauf zu ſehen, daß keine unnöthigen Verzögerungen vorkommen, worin wohl auch eine Abkürzung der Friſten zwiſchen den einzelnen Terminen liegt. Dieß iſt der Fall bey den Interdicten, aber ebenſo auch bey manchen andern Klagen. Die Interdicte als ſolche ſind nicht mehr durch ein ihnen eigenthümliches Verfahren ausgezeichnet [n]).

Bey geringfügigen Sachen iſt im juſtinianiſchen Recht das Verfahren vereinfacht, um es weniger koſtſpielig zu machen. Die ſchriftlichen Ladungen und förmlichen Protokolle, für welche bedeutende Sporteln zu entrichten waren, ſollten hier wegfallen, es ſollte sine scriptis, wie man es nannte, nur mit einer kurzen adnotatio der Verhandlungen verfahren werden. Daſſelbe wurde für die Jurisdiction der Biſchöffe in Streitigkeiten der Geiſtlichen vorgeſchrieben [o]).

c. Sentenz.

CLXXXVI. Die richterlichen Erkenntniſſe ſind zum Theil ſolche, wodurch die endliche Entſcheidung des Rechtsſtreites vorbereitet werden ſoll, und enthalten Verfügungen an die Parteien zum Behuf der Proceßleitung oder Entſcheidungen von Zwiſchenpunkten, — ſie heißen interlocutiones, articuli, praeiudicia, — zum Theil haben ſie die Beſtimmung, den Rechtsſtreit und zwar im Ganzen zu entſcheiden, dieſe werden

---

m) Bethmann-Hollweg I §. 27.
n) Bethmann-Hollweg I §. 37.
o) Bethmann-Hollweg I §. 36 a. E.

vorzugsweiſe sententiae, oder auch definitivae sententiae genannt.

Wenn der Richter, vor dem der Rechtsſtreit verhandelt worden iſt, die Sentenz ſelbſt ſpricht, ſo werden die Parteien nach abgeſchloſſener Verhandlung vorgeladen, und das ſchriftlich verfaßte Urtheil in öffentlicher Gerichtsſitzung vorgeleſen. Iſt die Sentenz condemnatoriſch, ſo muß die Condemnation in ein beſtimmtes Object geſchehen, ſey es eine Summe oder eine andere beſtimmte Sache, doch ſchadet es nicht, wenn das Urtheil die Summe ſelbſt nicht ausſpricht, ſondern deshalb auf die Acten worin ſie gegeben iſt, verweiſt[a]). Nach altem Recht mußte die sententia iudicis auf eine beſtimmte Geldſumme geſtellt werden, dieſe Vorſchrift galt aber nicht für das Decret des Magiſtrats bey der extraordinaria cognitio. Dieſer konnte, wo der Betrag eine beſondere Unterſuchung der Verhältniſſe erheiſchte, den unbeſtimmten Ausſpruch thun, daß der Beklagte ſchuldig ſey z. B. den Schaden zu erſetzen, Alimente zu präſtiren, und für die Ermittelung und Schätzung des Betrags Arbitri beſtellen[b]). Aus dieſen beiden Inſtituten hat ſich nun jenes Recht gebildet, von dem ordentlichen Verfahren iſt das Erforderniß eines beſtimmten Objects, von dem außerordentlichen die Möglichkeit der Condemnation in eine andere Sache als Geld, ja ſogar ausnahmsweiſe in eine unbeſtimmte Quantität herübergenommen, welches letztere dann für zuläßig geachtet worden iſt, wenn die Herſtellung des Quantums eine weitläuftigere Unterſuchung vorausſetzt, durch welche die Sentenz nicht hinausgeſchoben werden ſoll. Daher wird in der (Note a) angeführten Inſtitutionenſtelle jenes Er-

a) Cod. VII. 46: de sententia quae sine certa quantitate profertur. — §. 32 I. de action. (4, 6): curare autem debet iudex, ut omni modo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

b) L. 5 §. 25 D. de agnosc. lib. (25, 3) u. a.

forderniß durch den Zuſatz: quantum possibile ei est gemildert. — Ein abſolutoriſches Urtheil kann einen doppelten Inhalt haben: es kann den Beklagten von der Klage entbinden, den Kläger alſo für immer mit ſeinem Anſpruch abweiſen, absolutio ab actione; der Kläger kann aber auch nur für jetzt abgewieſen werden, ſo daß ihm die nochmalige Anſtellung derſelben Klage, wenn der Grund ihrer jetzigen Zurückweiſung gehoben iſt, unbenommen bleibt, dieſe Abſolution heißt absolutio ab instantia. Sie tritt ein, wenn der Beklagte wegen irgend einer dilatoriſchen Einrede abſolvirt wird, für den Fall einer pluspetitio tempore iſt ſie mit der beſonderen Folge vorgeſchrieben, daß der Kläger noch einmal ſo lange warten muß, als er zu früh geklagt hat, und für dieſe Zeit keine Zinſen in Anſpruch nehmen kann; natürlich wird er auch in die Koſten condemnirt, und wird nicht eher zur Wiederholung der Klage gelaſſen, als bis er ſie dem Beklagten erſetzt hat[c]). Auch die Contumacia des Klägers, der im Termin nicht erſcheint, kann eine absolutio ab instantia (oder wie ſie hier auch heißt: ab observatione iudicii) zur Folge haben, wenn der Beklagte nicht vorzieht, auf ein eremodicium anzutragen, deſſen Folge dann eine absolutio ab actione ſeyn kann[d]).

Der Richter hat in der Sentenz auch über die Proceßkoſten zu ſprechen, unterläßt er es, ſo haftet er der dadurch benachtheiligten Partey. Als Regel wird feſtgeſetzt, daß der Sieger ihren Erſatz von dem Beſiegten zu fordern habe, dieſer alſo in dieſelben zu condemniren ſey[e]).

---

c) §. 10 I. de except. (4, 13). Auch wegen einer andern Pluspetitio verliert der Kläger nicht mehr ſeinen wirklichen Anſpruch, der Richter rectificirt ihn; aber er muß dem Beklagten das Dreifache der durch den höheren Anſatz verurſachten Koſten erſetzen §. 24. 33 I. de action. (4, 6).

d) L. 13 §. 2. 5 C. de iudic. (3, 1) Nov. 53 c. 1.

e) L. 13 §. 6 C. de iudic. §. 1 I. de poen. tem. lit. (4, 16) und die reſtituirte L. 5 C. de fruct. et litium expensis (7, 51).

Wenn der Richter über die zu gebende Entſcheidung ungewiß iſt, kann er auch noch nach dem Recht der vierten Periode den Kaiſer conſultiren (consultatio ante sententiam). Er macht einen Bericht, der einen Auszug der Acten enthält, und theilt ihn den Parteien mit, welche ihre Erinnerungen gegen ſeinen Inhalt in der Form von Bittſchriften an den Kaiſer (libelli refutatorii) machen. Alles dieſes wird nebſt den Acten an den Kaiſer eingeſandt, der durch ein Reſcript das Urtheil giebt[f]). Da bey der Menge von Rechtsſachen, die an den Kaiſer gelangten, einzelne oft lange auf die kaiſerliche Entſcheidung warten mußten (obwohl ſie freilich, wenn ſie einmal an die Reihe kamen, um ſo ſchneller entſchieden waren, als keine Appellation oder Supplication gegen das kaiſerliche Reſcript ſtattfand), ſo verbot endlich Juſtinian 544 die consultationes ante sententiam, und legte den Richtern die Pflicht auf, nach ihrem eigenen beſten Wiſſen zu entſcheiden[g]).

d. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXXVII. Die Rechtsmittel gegen Sentenzen, wie ſie für das Recht der dritten Periode oben aufgeführt worden ſind: außer der Behauptung der Nichtigkeit die In integrum Reſtitutio, Appellation, Retractatio, gelten auch in der vierten fort, nur iſt theils noch ein neues, die Supplication, hinzugekommen, theils das Verfahren für jene in einzelnen Punkten geändert worden.

Für die Appellation iſt der Inſtanzenzug in Gemäßheit des neuen Verwaltungsorganismus folgendergeſtalt eingerichtet. Von einem iudex pedaneus geht die Appellation an die Behörde, die ihn beſtellt hat, von den ſtädtiſchen Magiſtraten an den Vorſtand der Provinz. Von dieſem ſoll nicht mehr unmittelbar an den Kaiſer appellirt werden, ſondern an die

---

f) Vgl. über alles Obige Bethmann-Hollweg I §. 25.
g) Nov. 125.

spectabiles und illustres, welche vice sacra richten (Bd. I §. 121 a. E.), und erſt von ihnen geht die Appellation an den Kaiſer. Theodoſius II hat auch dieß hinſichtlich der spectabiles modificirt, er hat eine Commiſſion eingeſetzt, die aus dem praefectus praetorio orientis und dem quaestor sacri palatii beſteht, und dieſer die Appellationen von den Spectabiles zugewieſen[a]).

Die zwey oder drey Tage als Friſt für die Interpoſition der Appellation ſind noch in Juſtinian's Geſetzbüchern das geltende Recht, erſt 536 (Nov. 23) hat ſie Juſtinian auf ein decendium für alle Fälle erweitert, um die Ungewißheit zu beſeitigen, die öfters hinſichtlich der Berechnung jener Friſt, namentlich wann das biduum, wann das triduum anwendbar ſey, eingetreten war. Für die Einführung der Appellation d. h. die Ueberbringung der Apoſtel und Acten durch den Appellanten an den Appellationsrichter, iſt als Regel eine Friſt von ſechs Monaten vorgeſchrieben, an deren letztem Tag (dies fatalis) die Verhandlung beginnt. Verſäumt ihn der Appellant, ſo verliert er das Rechtsmittel, doch erhält er ex iusta causa innerhalb einer gewiſſen Friſt eine reparatio appellationis. Statt dieſer fügte Theodoſius II der Introductionsfriſt drey weitere, jede von einem Monat, alſo zugleich drey dies fatales hinzu, nach deren Verſäumniß nur noch beim Kaiſer Reparation (binnen abermaligen drey Monaten) geſucht werden kann. Auf eine weit zweckmäßigere Weiſe hat Juſtinian (zugleich die Einführungsfriſt ſelbſt verkürzend), um der oftmaligen Veranlaſſung von Reparationen zu begegnen, zehn auf einander folgende dies fatales angeordnet, außer dem früheren noch die vier vorhergehenden und die fünf nachfolgenden Tage[b]). Zuletzt hat er verordnet, daß der Ablauf dieſer Friſten überall nicht mehr den Verluſt der interponirten Appellation

---

a) L. 32 C. de appell. (7, 62).

b) L. 2. 5 C. de tempor. et reparationibus appell. (7, 63).

bewirken, ſondern nur dem Gegner das Recht geben ſoll, auf einſeitige Verhandlung vor dem Appellationsrichter und Entſcheidung deſſelben anzutragen [c]).

Ein eigenes Verfahren iſt für die Appellationen an den Kaiſer, die früher ebenſo wie die andern behandelt wurden, von Conſtantin eingeführt [d]). Es ſoll hier daſſelbe Verfahren wie bey einer consultatio ante sententiam (§. 186) beobachtet werden. Nach eingelegter Appellation verfertigt der Richter einen Bericht (consultatio, relatio) an den Kaiſer, gegen den die Parteien ihre Erinnerungen in libelli refutatorii beibringen, alles dieß wird mit den Acten an den Kaiſer eingeſandt, der die Entſcheidung durch Reſcript giebt. Daher wird dieſe Appellation per consultationem oder more consultationis genannt. Juſtinian hat vorgeſchrieben, daß den Parteien ſelbſt die Ueberbringung jener Stücke überlaſſen werden ſoll. Auch hat er den Unterſchied dieſer von der gewöhnlichen Appellation aufgehoben, daß bey der Conſultatio keine nova d. h. neue Thatſachen und Beweiſe vorgebracht werden konnten [e]).

Mehrere neue Beſchränkungen der Appellation ſind in dieſer Periode eingeführt worden. Seit Conſtantin iſt die Appellation gegen Interlocute mit wenigen Ausnahmen verboten, es ſoll die Beendigung des Verfahrens und definitive Entſcheidung abgewartet werden [f]). Im theodoſiſchen Coder iſt vorgeſchrieben, daß wenn der auf Herausgabe einer Sache Belangte in zwey Inſtanzen verurtheilt worden iſt, die nochmalige Appellation deſſelben keinen Suſpenſiveffect haben, alſo die Reſtitution der Sache nicht hindern ſoll [g]). Statt deſſen

---

c) Nov. 126 c. 2. *d*) Cod. Theod. XI. 30: de appell. et poen. ear. et consultationibus. *e*) L. 4. 5 §. 2 C. de tempor. appell. (7, 63) L. 37 C. de appell. et consultationibus (7, 62).

f) L. 2 C. Th. de appell. (11, 30) L. 1—3 C. Th. quorum appell. (11, 36). *g*) Cod. Theod. XI. 38: de possessione ab eo qui bis provocaverit, transferenda.

hat Juſtinian vorgeſchrieben, daß niemand zum drittenmal in demſelben Rechtsſtreit und über dieſelben Punkte (worüber er alſo ſchon in drey Sentenzen Unrecht behalten hat) appelliren ſoll, und daſſelbe gilt von der Supplication (ſ. nachher), wenn die dritte Sentenz von dem Präfectus Prätorio geſprochen iſt[h]). Das Erforderniß eines gewiſſen Betrags des Streitobjects für Appellationen an den Kaiſer (§. 181 Note s), welches abgekommen war, hat Juſtinian in einer Novelle für die Appellation von den iudices ordinarii an die höchſten mit Ueberſpringung der Spectabiles wieder eingeführt, und dieſe summa appellabilis auf zehn Pfund Goldes geſetzt[i]). Dagegen iſt das frühere Succumbenzgeld von einem Drittheil des Streitgegenſtands abgeſchafft, und an deſſen Stelle eine mäßige arbiträre Geldſtrafe getreten, die der Richter dem unterliegenden Appellanten auferlegen ſoll[k]). Ausgeſchloſſen iſt die Appellation im theodoſiſchen Coder bey dem interdictum quorum bonorum[l]), ein Verbot das ſpäter zurückgenommen worden iſt, ferner bey dem interdictum de vi (actio momentariae possessionis), wo man ſie aber bald wieder, nur ohne Suſpenſiveffect, zugelaſſen hat[m]).

Schon in der dritten Periode kam es vor, daß Parteien ſich gegen beſchwerende Verfügungen der Magiſtrate oder Richter durch Suppliken an die Machtvollkommenheit des Imperators um Abhülfe wendeten, dieſe Supplication war auf keine Weiſe ein Rechtsmittel zu nennen, ſie war ſo wenig wie das Suppliciren zu andern Zwecken durch rechtliche Vorſchriften geregelt, und zu einem Rechtsinſtitut gemacht. In der vierten

---

h) Cod. VII. 70: ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare. *i*) Nov. 23 c. 3.

k) L. 6 §. 4 C. de appell. (7, 62).

l) L. 22 C. Th. quorum appell. (11, 36).

m) Cod. Th. XI. 37: si de momento fuerit appellatum. Cod. Iust. VII. 69: si de momentanea possessione fuerit appellatum.

Periode aber trat ſie in die Reihe der geſetzlich geordneten Rechtsmittel neben die Appellation, als Supplement dieſer. Das Suppliciren wurde nun während der Verhandlung und vor dem Urtheil, ferner da verboten, wo das Rechtsmittel der Appellation ſtattfindet, auch wo die Appellation zuſtand und verſäumt worden iſt [n]), es iſt daher zugelaſſen, wo die Appellation gegen ein Endurtheil aus einem andern Grund ausgeſchloſſen iſt. Hauptſächlich aber findet es ſeine Anwendung gegen Sentenzen der Präfecti Prätorio, die inappellabel ſind. Die Supplicatio ſoll hier innerhalb zweier Jahre nach dem Abgang des Präfecten, gegen deſſen Sentenz ſie gebraucht wird, ſtattfinden, der Kaiſer aber unterſucht und entſcheidet nicht ſelbſt, ſondern trägt die Reviſion der Sache derſelben Behörde auf, von der die beſchwerende Sentenz ausgegangen iſt, von dieſem Erfolg des Rechtsmittels führt es daher auch den Namen retractatio. Daraus erklärt ſich auch die Berechnung der Friſt von dem Wechſel des Beamten an, der beſchwerten Partey mußte es in der Regel daran liegen, die Reviſion dem Nachfolger, nicht der Perſon, gegen deren Urtheil ſie supplicirte, aufgetragen zu ſehen. Die Supplication hat keinen Suſpenſiveffect wie die Appellation; zuletzt hat Juſtinian ihr dieſen gegeben, wenn ſie in der Appellationsfriſt, alſo binnen zehn Tagen interponirt wird, nur daß der Gegner die Execution dennoch fordern kann, wenn er für den Fall, daß das Urtheil reformirt werden würde, vollkommene Reſtitution durch Bürgen cavirt [o]).

e. Execution.

CLXXXVIII. Die Execution tritt ein in Folge einer Condemnation durch rechtskräftiges Urtheil oder einer con-

n) Cod. I. 21: ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.

o) Nov. 119. c. 5. Vergl. zu dem Obigen Bethmann-Hollweg I §. 34.

fessio in iure, die auch noch im neuſten Recht die Wirkung der res iudicata hat, nicht mehr dagegen wegen Contumacia des Beklagten, deren Folge vielmehr die einſeitige Fortſetzung des Verfahrens iſt (§. 185 g. E.). Nach dem Inhalt der Condemnation geht die Execution auf die Leiſtung einer Geldſumme oder eines andern Gegenſtands, nicht einer reinen Handlung, an deren Stelle vielmehr ihr Werth, alſo eine entſprechende Geldſumme tritt.

Iſt der Beklagte auf die Leiſtung, Reſtitution oder Exhibition einer speciell beſtimmten Sache verurtheilt, ſo wird die Sentenz direct dadurch exequirt, daß der Richter die Sache durch ſeine Diener wegnehmen, und dem Kläger zuſtellen läßt, was ſodann dieſelbe Wirkung (z. B. des Eigenthumsübergangs: wenn die Leiſtung darauf geht) hat, wie wenn der Beklagte ſelbſt dieſe Handlung vorgenommen hätte. Daſſelbe tritt ein, wenn die Leiſtung in der Beſtellung eines Rechts z. B. einer Servitut, oder in der Manumiſſion eines Sclaven beſteht, auch dieſe Verbindlichkeiten können direct durch Verfügung des Richters in Wirkung geſetzt werden.

Eine Sentenz, die in eine Geldſumme condemnirt, wird durch pignoris capio vollſtreckt, in der Weiſe, wie dieſes Executionsmittel ſich ſchon in der dritten Periode gebildet hatte (§. 179).

Iſt die Verurtheilung in contumaciam erfolgt, ſo tritt nicht die pignoris capio, ſondern die missio in bona ein, dieſe aber geht hier nicht auf alle Güter, ſondern nur auf ſo viel als zur Deckung und Befriedigung des Klägers hinreicht. Dieſer Weg wird eingeſchlagen, um dem Beklagten die Vertheidigung noch länger möglich zu machen. Doch iſt ihm die Uebernahme des Proceſſes und Wiederaufhebung der Miſſio nur geſtattet, wenn er in Beziehung auf die Einlaſſung, nicht wenn er in Beziehung auf die Fortſetzung des von ihm ſchon übernommenen Proceſſes contumax war. Zuletzt kommt es auch hier zum Verkauf der Güter, in die der Kläger mittirt iſt.

Dagegen erfolgt eine Miſſio in alle Güter, wenn der Betrag der Schuld dem Vermögen gleichkommt, oder es überſteigt, alſo im Fall der Inſolvenz des Schuldners und der Concurrenz mehrerer Gläubiger, die auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners andringen. Dieſer Concurs der Gläubiger wird entweder durch cessio bonorum von Seiten des Schuldners, oder wenn eine ſolche nicht erfolgt, auf Antrag der Gläubiger durch missio in bona eröffnet. Es wird vorausgeſetzt, daß mehrere Gläubiger dieſen Antrag ſtellen, dieſen können ſich dann die übrigen innerhalb einer geſetzlichen Friſt: für Anweſende von zwey, für Abweſende von vier Jahren anſchließen. Die Miſſio, da ſie ein Executionsmittel iſt, ſetzt aber voraus, daß die Forderung des Gläubigers durch richterliches Urtheil oder was dem gleich ſteht, anerkannt iſt, ſey es in Folge eines zweiſeitigen oder eines Contumacialverfahrens gegen den Schuldner erlaſſen. Bey den auf die Miſſio zuerſt antragenden Gläubigern verſteht ſich dieß ohnehin, aber auch die ſich nachher zum Anſchluß meldenden Gläubiger müſſen, ehe ſie an der Miſſio Theil erhalten, ihre Forderungen klagweiſe ausführen, wobey die ſchon in Beſitz befindlichen Gläubiger als Contradicenten auftreten, alſo die Anſprüche jener beſtreiten können. Nach dem Ablauf jener Friſt ſind die Gläubiger, welche ſich bis dahin nicht gemeldet haben, ausgeſchloſſen, und können die von den übrigen beſeſſenen Güter zu ihrer Befriedigung nur inſoweit in Anſpruch nehmen, als da von nach voller Befriedigung derſelben etwas übrig iſt[a]). Dieſe Ausſchließung traf aber nicht die, welche mit einer dinglichen Klage (als Eigenthümer einer im Beſitz des Schuldners befindlichen Sache, oder vermöge eines ſonſtigen dinglichen Rechts) auftreten. Dieſe, und auch die Pfandgläubiger, ſofern ſie ihre Befriedigung lediglich aus ihrem Pfand ſuchen wollen, concurriren noch nach dem juſtinianiſchen Recht nicht mit den

a) Iustinian. L. 10 C. de bonis auctor. iud. possid. (7, 72).

Gläubigern, welche vielmehr, wenn ſie es nicht vorziehen, ſie durch Zahlung abzufinden, ihnen ihr Pfand herausgeben müſſen.

Während jener vier Jahre bleiben die Güter im Beſitz der mittirten Gläubiger und in der Verwaltung eines curator bonorum, der ſie zugleich als Contradictor gegen die während dieſer Zeit ſich meldenden vertritt. Nach Ablauf derſelben kommt es zum Verkauf, der von dem Curator beſorgt wird. Die alte venditio bonorum iſt abgeſchafft, der Verkauf geſchieht nicht mehr im Ganzen an einen bonorum emtor, der die Schulden übernimmt, ſondern im Einzelnen, als distractio bonorum, um aus dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen. Dieſe Befriedigung geſchieht durch den Richter nach dem Vorzug, welchen gewiſſen Gläubigern ein Privilegium, das ſie für ihre Forderung haben, gewährt; in Beziehung auf einander gleichſtehende Gläubiger, wenn das Vermögen nicht zu ihrer vollen Befriedigung hinreicht, pro rata ihrer Forderungen. Umgekehrt wird ein Ueberſchuß für etwa noch ſpäter ſich meldende Gläubiger aufbewahrt.

Den concursmäßigen Schuldner trifft auch nach dem neuſten Recht noch die Infamie, und, wenn man ſeiner habhaft wird, und die Gläubiger nicht vollſtändig befriedigt ſind, Gefängniß. Es giebt alſo noch eine Perſonalexecution, ſie tritt aber erſt ein, wenn die in das Vermögen erfolglos geblieben iſt, nur der Fiscus konnte gleich von Anfang mit jener Execution in die Perſon vorſchreiten. Infamia und Gefängniß kann der Schuldner durch cessio bonorum abwenden, wobey er aber zum Manifeſtationseid (daß er von ſeinen Gütern nichts zurückgehalten, ſondern alles getreulich angegeben habe) angehalten werden kann [b]).

---

b) S. über alles Obige Bethmann-Hollweg I §. 31.

Viertes Buch.

Syſtem und Geſchichte des römiſchen Privatrechts.

Viertes Buch.

Syſtem und Geſchichte des römiſchen Privatrechts.

Einleitung.

CLXXXIX. Die Geſchichte des römiſchen Privatrechts in ſeinem Zuſammenhang mit dem geſammten Körper des römiſchen Rechts: wie es in älteſter Zeit von dem öffentlichen beherrſcht war, und ſich nachher von dieſer Oberherrſchaft befreite; wie es ſodann ſelbſt ſich anfangs in den engen Schranken einer individuellen Nationalität hielt, bis neben dieſem Jus civile ein allgemeines Princip ſich erhob, und im Jus Gentium und ſeinem vornehmſten Organ, den magiſtratiſchen Edicten, zu gleicher Macht gelangte; wie ferner in einzelnen Pnnkten eine politiſchen Rückſichten folgende Geſetzgebung eingriff; wie endlich die Wiſſenſchaft dieſes geſammten Stoffs ſich bemächtigte, und allen dieſen Einflüſſen ihre gebührende Stelle anwies, wie ſie die Einheit des Rechts in der Mannigfaltigkeit dieſer Elemente herzuſtellen und zu erhalten bemüht war, und wie zuletzt am Eingang zur neuen Zeit die kaiſerlichen Geſetzgeber das individuell nationelle Element in ſeinen hervorſtechenden Eigenthümlichkeiten auszuſcheiden, die altrömiſchen Formen abzuſtreifen begannen, um das Recht anderen Zeiten, anderen Sitten anzubequemen, — alles dieſes hat das zweite Buch dem Leſer vorzuführen verſucht.

Die Aufgabe dieſes vierten Buchs iſt, das Privatrecht als einen beſondern Organismus darzuſtellen: ſyſtematiſch, in den einzelnen Rechten, in die es ſich gliedert; hiſtoriſch, die ge-

ſchichtliche Entwickelung der einzelnen Inſtitute verfolgend. Die Geſchichte wird hier ein der ſyſtematiſchen Darſtellung untergeordnetes Element.

Die ſyſtematiſche Darſtellung hat den Zuſammenhang der Rechte unter einander und mit dem ganzen Privatrecht, deſſen Glieder ſie ſind, aufzuzeigen, und zugleich die innere Ausbildung eines jeden einzelnen vor Augen zu ſtellen. Dieſes letztere Moment beruht auf zwey Punkten: dem Weſen jedes Rechts, und der Veränderung die mit ihm vorgehen kann.

Ein Recht ſetzt weſentlich dreierley voraus: 1) eine Perſon, die ſein Subject iſt; 2) einen Gegenſtand, welcher der Macht des Berechtigten unterworfen wird; 3) die Anerkennung durch den allgemeinen Willen, die ſich als Schutz des Rechts gegen Verletzungen geſtaltet.

Die Veränderungen, die mit einem Recht vorgehen können, betreffen dieſe drey Punkte: 1) das Subject, darauf bezieht ſich die Lehre von der Entſtehung und dem Untergang der Rechte; 2) den Gegenſtand, der Umfang des Rechts kann dadurch erweitert oder beſchränkt werden; 3) den Schutz, die Wirkung des Rechts kann durch eine Modification des Schutzes verändert, gemindert oder gänzlich aufgehoben werden.

Dieſe Gegenſtände ſollen in dem folgenden erſten Kapitel für die Rechte im allgemeinen betrachtet werden. Es enthält die allgemeinen Beſtimmungen, die gleichſam die Atmoſphäre worin die einzelnen Rechte ſich bewegen, ausmachen; ihre Kenntniß iſt die Vorbereitung für den Inhalt der übrigen Abſchnitte, die ſich mit dem Eigenthümlichen der einzelnen Rechte beſchäftigen werden.

Erſtes Kapitel.

Von den Rechten überhaupt.

A. Subject der Rechte.

a. Arten der Perſonen.

CXC. Ein Recht, da es eine Macht iſt, exiſtirt nur dadurch, daß eine Perſon als Subject deſſelben anerkannt wird. Die Frage, wer Subject eines Rechtsverhältniſſes ſey, iſt die erſte, die uns bey der Betrachtung deſſelben aufſtößt. Sie kann aber in einem doppelten Sinn aufgeworfen werden: 1) wer kann Subject eines Rechts (überhaupt oder eines gewiſſen) ſeyn, mit andern Worten, wem kommt die Eigenſchaft Perſon zu ſeyn (Perſönlichkeit, Rechtsfähigkeit) überhaupt und in dem für das in Frage ſtehende Recht vorausgeſetzten Umfang zu? 2) wer iſt Subject dieſes Rechts, welches iſt die Perſon, der es wirklich zuſteht? Auf dieſe zweite Frage bezieht ſich die Lehre von dem Erwerb und Verluſt der Rechte (§. 198 ff.), jene erſte iſt es, die uns hier beſchäftigt.

Vor allem iſt der Menſch Perſon, aber auch andere Weſen ſind im Recht als Perſonen behandelt worden: es giebt zwey Arten von Perſonen, uatürliche (phyſiſche) und juriſtiſche (moraliſche, fingirte).

Nun iſt jedoch die Perſönlichkeit des Menſchen (der natürlichen Perſon) keineswegs bloß als Vorausſetzung von Rech-

ten aufzufaſſen. Sie iſt nicht um der Rechte willen vorhanden und angenommen, ſondern die Rechte ſind um des Menſchen willen da, hominum causa omne ius constitutum est[a]). Die Perſönlichkeit des Menſchen iſt ſelbſt ein Recht (Bd. I §. 30), das ſeinem Inhalt nach die Bedingung der übrigen Rechte iſt und daher an ihrer Spitze, aber dennoch in der Reihe der einzelnen Rechte ſteht. Dort iſt daher der Ort (Kap. 2), die Bedingungen dieſer Perſönlichkeit und damit zugleich die Vorausſetzungen, unter denen der Menſch als Subject von Rechten gilt, darzuſtellen. — Dagegen iſt ein Punkt, der ſchon hier zur Sprache kommen muß, der Einfluß, den die natürliche Stellung des Menſchen auf die Natur der Rechte, deren Subject er iſt, ausübt. Dieſe Betrachtung wird ſich an die Lehre von den Arten der Perſonen anſchließen (§. 193 — 197).

Anders verhält es ſich mit den juriſtiſchen Perſonen, die nur um ein Subject für gewiſſe Rechte zu haben, angenommen ſind. Von dieſen gilt umgekehrt, daß ſie nur um der Rechte willen da ſind, denen eine Exiſtenz, ohne ſie unmittelbar auf den Menſchen als ihr Subject zu beziehen, verſchafft werden ſoll. Man kann bey ihnen nicht von einem Recht der Perſönlichkeit ſprechen. Dieſe Lehre von den juriſtiſchen Perſonen iſt daher hier abzuhandeln.

CXCI. Das Recht iſt ausſchließlich für den Menſchen beſtimmt. Hiernach müſſen wir alle Rechte auf ihn beziehen. Aber dieſe Beziehung kann, wenn wir die juriſtiſche Geſtalt dieſes Satzes ins Auge faſſen, eine unmittelbare oder eine mittelbare ſeyn. Eine unmittelbare, wenn der Menſch, die natürliche Perſon, auch formell als das Subject eines Rechts gilt, eine mittelbare, wenn zwiſchen die Menſchen, denen das Recht zu Gute kommt, und dieſes Recht ein Weſen ſich einſchiebt, welches als das eigentliche juriſtiſche Subject deſſelben

---

a) L. 2 D. de statu hominum (1, 5).

betrachtet wird. So iſt z. B. das Staatsgut, das Eigenthum einer Gemeinde ꝛc. gewiß auch für die Zwecke der Menſchen beſtimmt, ſie ſind nur um der Menſchen willen da, aber nicht dieſe, die den Staat, die Gemeinde bilden, gelten juriſtiſch als Subjecte jener Rechte, ſondern der Staat, die Gemeinde ſelbſt, die Idee der Geſammtheit (universitas), die ſomit als eine Perſon behandelt wird.

Es iſt eine Fiction, auf welcher die Annahme juriſtiſcher Perſonen beruht[a]), was iſt ihre Veranlaſſung? Nicht in mißgünſtiger Geſinnung gegen die natürlichen Perſonen ſind ihnen juriſtiſche an die Seite geſetzt, die ihnen einen Theil der vorhandenen Güter entziehen; auch dieſe Güter ſollen jenen zu Gute kommen; nur dieſen Erfolg bey gewiſſen Zwecken deſto ſicherer zu erreichen, und den Verhältniſſen, um die es ſich handelt, eine entſprechende rechtliche Ordnung zu geben, ſind jene Perſonen als unmittelbare Subjecte jener Rechte fingirt worden. Man kann ſagen, der Zweck ſelbſt, für den ſie beſtimmt ſind, wird als rechtliches Subject der Güter betrachtet. Dieß wird ſich ſofort bey den einzelnen Arten der juriſtiſchen Perſonen, die nun aufgezählt werden ſollen, herausſtellen[b]).

1) Die Thätigkeit des Staats nach Außen und Innen fordert einen beträchtlichen Aufwand, zu deſſen Beſtreitung Güter angewieſen ſind und auf verſchiedenen Wegen aufgebracht werden. Wie der Staat ſelbſt, ſo ſind auch dieſe Güter, die er für ſeine Zwecke verwenden ſoll, um der Menſchen willen da, welche dieſe politiſche Verbindung begreift. Aber dieſe Güter ſind nicht für die Zwecke der Menſchen, ſofern wir ſie als Einzelne denken, beſtimmt, ſondern für ihre öffentlichen, für ihre Zwecke als Glieder des Staats. Dieſer Beſtimmung

a) S. z. B. L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8): — res publicae — ipsius universitatis esse *creduntur*. *b*) Vgl. zu dem Folgenden v. Savigny Syſtem des heut. R. R. II §. 86 ff., auch Dirkſen hiſtor. Bemerk. über den Zuſtand der juriſt. Perſonen nach R. R., Civiliſt. Abhand. II. 1. (Mommsen de collegiis et sodaliciis rom. 1843. R.)

nun wäre es völlig unangemeſſen, wenn die Einzelnen als Eigenthümer jener Güter behandelt würden, wie bey denen, welche zur Befriedigung ihrer Bedürfniſſe als Einzelner wirklich beſtimmt ſind. Wollte man ein ſolches Eigenthum aller Bürger an den Staatsgütern annehmen, ſo müßte man demſelben, um die für die öffentlichen Zwecke daraus zu befürchtenden Conſequenzen zu beſeitigen, eine ganz ſinguläre, von dem ſonſtigen Eigenthumsbegriff abweichende Geſtalt geben, bey der es am Ende kaum mehr Eigenthum bliebe. Das Einfachere und allein Sichere iſt, den Staat ſelbſt, die Geſammtheit, als Eigenthümer zu behandeln, und daher zur juriſtiſchen Perſon zu machen. Dieſes Vermögen, welches ohne ſichtbares Subject beſteht und den Staat zum unſichtbaren Eigenthümer hat, heißt bey den Römern aerarium, ſpäter fiscus. Aerarium und fiscus iſt der Staat, inſofern er Vermögen hat, und ſomit als juriſtiſche Perſon gilt.

2) Daſſelbe, was vom Staat im Ganzen geſagt worden iſt, gilt auch von den mit ihm gleichartigen Corporationen, aus denen er beſteht. Die älteſte Gliederung des römiſchen Staats in Curien und Gentes war von der Beſchaffenheit, daß dieſe Vereine auch ihr beſonderes Vermögen für öffentliche Zwecke hatten, namentlich um daraus die sacra pro curiis, pro gentibus zu beſtreiten. Dazu kamen die Genoſſenſchaften der montes und pagi (Bd. I §. 40 S. 130), die, als quiritiſchen Urſprungs, nachher auf die Plebs übergiengen. Als ſpäter der enge Zuſammenhang dieſer Vereine mit dem Staat aufhörte, trat eine andere Claſſe von öffentlichen Corporationen auf: die von Rom abhängigen, und nach und nach in den Staat als untergeordnete Glieder deſſelben hereingezogenen Stadtgemeinden, die civitates, respublicae, municipia (oder was dieſelbe Bedeutung hat: municipes) und wie ſie ſonſt nach ihren verſchiedenen Arten heißen (Bd. I §. 65). Die Dörfer, vici, die in politiſcher Hinſicht keine ſelbſtſtändigen Gemeinden bilden, ſondern einer ſtädtiſchen incorporirt

ſind, gelten in privatrechtlicher als Perſonen für ſich mit einem eignen, von dem der Stadtgemeinde abgeſonderten Vermögen[c]).

3) Es giebt Corporationen, die mit dem Staat nicht ſo gleichartig ſind, wie die Gemeinden, dennoch aber durch ihre Zwecke mit ihm in einem engen Zuſammenhang ſtehen. Solche waren die Collegien der Prieſter an den einzelnen Tempeln; um die Gottesdienſte, die im heidniſchen Rom durchaus als Staatsſache behandelt wurden, zu ſichern und vom Zufall unabhängig zu machen, waren die Tempel mit beſonderen Gütern dotirt, die durch Erwerbungen verſchiedener Art vermehrt werden konnten. Als das Subject dieſes Vermögens wird das ſtändige Collegium der Prieſter des Tempels betrachtet, und eben ſo iſt es zu verſtehen, wenn der Tempel ſelbſt oder der Gott, dem er geweiht iſt, als Perſon bezeichnet wird[d]). Aber auch für den unmittelbaren öffentlichen Dienſt beſtimmte Vereine wurden als juriſtiſche Perſonen anerkannt, ſo das Corpus der Decurionen einer Stadt, die Curia, welche eines beſonderen, von dem der Stadt getrennten Vermögens fähig war[e]), ferner die Legionen und andere militäriſche Abtheilungen[f]), ſodann die Vereine (decuriae) der Perſonen, die ſich den niederen Geſchäften des Staatsdienſtes, der Schreiberey, dem Rechnungsweſen ꝛc. widmeten, und aus denen die Magiſtrate ihr Dienſtperſonal nahmen[g]), in der vierten Periode

---

c) L. 73 §. 1 D. de leg. I (30).

d) L. 38 §. 6 D. de leg. III (32) Ulpian. fragm. XXII. 6.

e) L. 3. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4). Cod. VI. 62: de hereditatibus decurionum etc. X. 33: de praediis decurionum sine decreto non alienandis. X. 34: quando et quibus pars debetur ex bonis decurionum etc. Ueber das Intereſſe des Staats an der Erwerbsfähigkeit der Curie ſ. Band I § 123 S. 599. In der ſpäteren Zeit wurden Stadtvermögen und Vermögen der Curie durcheinander geworfen.

f) L. 6 §. 7 in f. D. de iniusto test. (28, 3) L. 2 C. de hered. decur. (6, 62). *g*) S. z. B. L. 3 §. 4 D. de bon. poss. (37, 1): a — decuriis — bonorum possessio agnosci potest.

wurde der untere Dienſt mehr geordnet, und damit auch das Recht dieſer Decurien, die ſich auf ihn bezogen.

4) Eine entferntere Beziehung auf den Staat haben die Corporationen von Handwerkern, welche ſich ſchon frühzeitig in Rom bildeten, und denen ebenfalls Perſönlichkeit beigelegt wurde[h]); um eines ſolchen Intereſſe's willen, welches der Staat bey ihnen hat, ſind auch einigen Erwerbsgeſellſchaften Corporationsrechte eingeräumt worden, ſo den zur Pachtung der öffentlichen Einkünfte (societates publicanorum, socii vectigalium publicorum), ferner den zum Betrieb von Berg- und Salzwerken eingegangenen Geſellſchaften (societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum)[i]). Es kam ferner ſchon früh in Rom vor, daß geſellige Vereine, die in gemeinſchaftlichen Mahlzeiten und Gottesdienſten hervortraten, geſtiftet wurden, ohne Zweifel als Erſatz der Geſelligkeit, welche die älteſten Abtheilungen des Volks mit ſich geführt hatten; auch dieſe sodalitates oder sodalitia (collegia sodalitia), wurden, ſofern ſie gemeines Vermögen beſaßen, als juriſtiſche Perſonen behandelt. Da man gegen das Ende der freien Republik in ihnen einen Heerd der Umtriebe und Ruheſtörungen erblickte, in welchen gefährlichen Charakter auch manche Zünfte ausgeartet waren, wurden ſie mehrmals aufgehoben und wiederhergeſtellt[k]). Unter den Imperatoren, wo man um die Erweckung und Erhaltung bürgerlichen Gemeinſinns, um deſſen willen früher die Collegien begünſtigt worden waren, nicht mehr beſorgt war, wurde überhaupt eine beſondere Genehmigung des Senats oder des Princeps gefordert, damit der Verein nicht als ein verbotener, die Theilnahme daran als ein Vergehen gelte[l]). Den Einfluß hatte aber noch immer der

---

h) Niebuhr röm. Geſch. III S. 349. Vgl. Heineccius de collegiis et corporibus opificum (Opp. II. 9).

i) L. 1 pr. D. quod cuiusc. univ. (3, 4) L. 59 pr. D. pro soc. (17, 2).

k) Ascon. in pisonian. §. 8 (Orell. p. 7 sq.) in cornel. (Orell. p. 75).

l) L. 3 §. 1 D. de collegiis et corpor. (47, 22). (Nur eine Art

frühere Stand der Sache, daß einem ſolchem Collegium, wenn es nur nicht illicitum, alſo wenn es genehmigt war, die juriſtiſche Perſönlichkeit beigelegt wurde.

5) Sobald das Chriſtenthum im römiſchen Staat unter Conſtantin anerkannt war, mußte auch der ihm entſprechenden äußeren religiöſen Gemeinſchaft die Fähigkeit Vermögen zu haben, alſo Perſönlichkeit beigelegt werden. Analog den Staatsverhältniſſen kommt dieſe Perſönlichkeit der Kirche im Ganzen, ſoweit ſie durch eine gemeinſame Verfaſſung ein juriſtiſches Daſeyn hat, und den einzelnen Beſtandtheilen derſelben, den Kirchengemeinden, zu. So wie aber im heidniſchen Rom die Religionsgemeinſchaft im Ganzen nicht ein von dem Staat unterſchiedenes Daſeyn hatte, ſondern nur die einzelnen Tempel mit ihren Prieſtern als beſondere juriſtiſche Perſonen erſchienen, ſo erhob ſich auch die Geſetzgebung der chriſtlichen Kaiſer nicht zur vollen Anerkennung der Kirche im Ganzen als juriſtiſcher Perſon neben dem Staat, ſondern beſchränkte ſich, praktiſch wenigſtens, darauf, die einzelnen biſchöflichen und

---

von Collegien machten hiervon eine Ausnahme: die collegia tenuiorum, qui stipem menstruam conferre volent, d. h. die Sterbecaſſen oder Begräbnißvereine unter den ärmern Volksclaſſen. Hierauf bezieht ſich: L. 1 pr. §. 2 D. de colleg. et corpor. (47, 22): permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre: dum ta*ntum* semel in mense coëant, ne sub praetextu huius modi illicitum collegium coëat — non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere — und der Abſchnitt des Senatusconſults in den Statuten der lanuviniſchen Begräbnißcorporation (Bd. I §. 118 S. 374): Kaput ex S. C. P. R. *tenuiorib*(*us*) *con*venire collegiumq(ue) habere liceat, qui stipem menstruam conferre vo*lent, dumne ult*ra in I (unum) collegium coëant, neque sub specie eius collegi nisi semel in men*se coeant aeris con*ferendi causa, unde defuncti sepeliantur. In den Chriſtengemeinden traten freie Liebesgaben an die Stelle der ſtatutenmäßigen Beiträge und Gelage: Tertullian. apolog. 39. modicam unusquisque stipem menstrua die vel cum velit — apponit. nam nemo compellitur, sed sponte confert. haec quasi deposita pietatis sunt. Vgl. Huſchke, Zeitſchr. XII S. 207—219. R.)

Pfarrkirchen als die Subjecte des Kirchenvermögens zu behandeln. So verordnet Juſtinian, daß wenn ein Teſtator ſich eines allgemeineren, auf die Kirche im Ganzen zu beziehenden Ausdrucks bedient hätte, das Hinterlaſſene der Kirche ſeines Wohnorts zufallen ſolle[m]).

6) Wenn jemand Güter für einen beſonderen (alſo von den allgemein kirchlichen verſchiedenen) frommen Zweck ſtiften will, z. B. für die Unterſtützung der Armen, für die Krankenpflege, für die Erziehung Bedürftiger u. ſ. f., ſo kann er möglicherweiſe eine beſtehende, natürliche oder juriſtiſche, Perſon zur Eigenthümerin machen, mit der Auflage, daß ſie dieſe Güter zu jenen, von ihm vorgeſchriebenen Zwecken verwende. So kann der Staat, oder eine Gemeinde, oder die Kirche zum Subject eines ſolchen Stiftungsvermögens werden. Hat nun aber der Stifter dieß nicht gethan, ſondern ſchlechthin die Güter dem von ihm bezeichneten Zweck beſtimmt, ſo ſollen ſie auch nicht ins Eigenthum einer andern Perſon kommen, ſondern als ein ſelbſtſtändiges Vermögen behandelt werden[n]). Es wird in ihnen eine Perſönlichkeit angenommen, die als das Subject des Vermögens gilt. Der Zweck ſelbſt iſt gewiſſermaßen die Perſon, der die Güter zuſtehen, daher hat man die juriſtiſchen Perſonen, die durch ſolche Stiftungen entſtehen, nicht unpaſſend piae causae genannt[o]).

7) Wenn jemand ſtirbt, der Vermögen hat, ſo ſoll dieſes nicht untergehen, Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Beſtandtheile ſeines Vermögens waren, ſollen erhalten werden. Die Fortdauer des Vermögens über die Exiſtenz der natürlichen Perſon, die ſein Subject war, hinaus iſt nicht denkbar ohne Annahme eines andern Subjects, dem das Vermögen zugeſchrieben wird, da ein Vermögen nicht ohne Subject mög-

---

m) L. 26 C. de s. s. eccles. (1, 2). Griechiſch.

n) L. 23 C. eod. L. 49 C. de episc. et cler. (1, 3).

o) Sie heißen auch pia corpora, und im Deutſchen milde Stiftungen.

lich iſt. Dieſes Subject iſt die Perſönlichkeit des Verſtorbenen, die noch immer in ſeiner Verlaſſenſchaft als fortwirkend und ſie zu einem Ganzen zuſammenhaltend gedacht wird, und die der Erbe, der in die Güter eintritt, repräſentirt. So wird die Erbſchaft als Subject einer juriſtiſchen Perſönlichkeit behandelt, allerdings nur zu jenem Zweck, die Erhaltung des Vermögens, ſeinen Uebergang auf Ueberlebende, und die rechtliche Stellung dieſer Succeſſoren zu demſelben möglich zu machen: hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas[p]); hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est[q]). Daſſelbe iſt auch in andern Fällen anzunehmen, wo ein Vermögen als Ganzes in einer der Erbfolge analogen Art auf einen Andern übergeht.

CXCII. Die juriſtiſchen Perſonen claſſificiren ſich nach dem Subject, mit welchem die Perſönlichkeit verknüpft iſt, folgendergeſtalt:

1) Juriſtiſche Perſonen, deren Unterlage ein Perſonenverein iſt: Corporationen, universitates personarum. Solche

---

p) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1). (Durch dieſe Vergleichung mit der Corporation wird nicht geläugnet, daß die hereditas nur Perſon iſt, ſofern ſie etwas hat und daß dieſe Perſönlichkeit zuletzt wieder ein Gegenſtand der Erwerbung für den Erben wird, — Beſchränkungen, welche den Corporationen fremd ſind. R.)

q) L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1). Vgl. L. 31 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5): — creditum est hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere. (Die Ausbildung dieſer Fiction, welche Labeo und Javolenus noch nicht kennen (L. 13 §. 5 D. quod vi (43, 24) L. 9 D. de naut. foen. (22, 2) L. 64 D. de hered. inst. (28, 5) und die erſt Julian (L. 33 §. 2. D. de A. R. D. 41, 1) an die Stelle der ältern, das Rechtsverhältniß nicht erſchöpfenden Regel von der rückwirkenden Kraft der Antretung ſetzte (vgl. L. 28 §. 4 D. de stip. serv. (45, 3) L. 138 pr. 193 D. de R. I (50, 17) L. 54 D. de adq. hered. 29, 2)) iſt mit vielem Scharfſinn nachgewieſen von Jhering, Abhandlungen (1844) III. R.)

ſind Staat, Gemeinden, ſonſtige Corporationen, die unter dem allgemeinen Ausdruck corpora oder collegia zuſammengefaßt werden, endlich die Kirche. Die Glieder derſelben haben bey den verſchiedenen Univerſitates verſchiedene Namen. Bey dem Staat und den Gemeinden heißen ſie cives (unterſchieden von den bloßen incolae, Einwohnern, Perſonen, die ihr Domicilium in dem Gebiet des Staats oder der Gemeinde haben, — es kann jemand civis ſeyn, ohne incola, und incola, ohne civis zu ſeyn); die Glieder der Collegia oder Corpora heißen collegiati oder corporati, in ihrem Verhältniß zu einander collegae oder sodales[a]), bey den Curien überdieß curiales, bey den Decurien decuriati, bey den Societates socii.

2) Juriſtiſche Perſonen, deren Unterlage ein Güterinbegriff, eine universitas bonorum iſt. Solche ſind die milden Stiftungen, die Erbſchaft.

Es iſt oben bemerkt worden, daß auch die Güter juriſtiſcher Perſonen menſchlichen Intereſſen beſtimmt ſind, aber nicht die natürlichen Perſonen, deren Nutzen dadurch befördert wird, ſind es, welche als die Subjecte der Rechtsverhältniſſe betrachtet werden dürfen. Dieß iſt beſonders bey den juriſtiſchen Perſonen der erſten Claſſe feſtzuhalten, bey denen eine Verwechſelung der Glieder mit dem Ganzen am nächſten liegt. Wo von den Rechtsverhältniſſen der Corporationen die Rede iſt, muß von den Gliedern ganz abgeſehen werden[b]). So iſt die Corporation ſtets dieſelbe, wenn auch alle einzelnen Glieder ſich verändert haben[c]). Die Rechte einer juriſtiſchen Perſon ſtehen nicht den natürlichen Perſonen zu, aus denen ſie beſteht, und daſſelbe gilt von ihren Verbindlichkeiten: kein Bür-

---

a) Savigny Syſtem II S. 261.

b) L. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sit haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.

c) L. 7 §. 2 D. eod. L. 76 D. de iudic. (5, 1).

ger einer Stadt kann ſich einen Theil des Gemeindevermögens zuſchreiben[d]), und der Gläubiger einer Corporation kann nicht ihre Glieder als ſeine Schuldner behandeln[e]). Das Verhältniß der Glieder iſt nur das einer Vertretung des Ganzen, in der durch die Verfaſſung feſtgeſetzten Weiſe (§. 202). Ganz anders bey einer bloßen Geſellſchaft, die keine Corporationsrechte hat (privata societas); hier ſind die einzelnen Socii, und nur dieſe, die Subjecte des Geſellſchaftsvermögens, jeder iſt pro rata Eigenthümer, Gläubiger oder Schuldner, ein anderes von den Einzelnen verſchiedenes Subject der Rechtsverhältniſſe exiſtirt nicht. Wird eine ſolche Geſellſchaft aufgelöſt, ſo verändert ſich das Subject der Güter nicht, die Einzelnen, die es bisher waren, bleiben es auch nachdem ſie aufgehört haben, eine Geſellſchaft zu bilden. Die Glieder einer Corporation dagegen waren nicht die Subjecte der Rechte während des Beſtehens derſelben, ſie ſind es natürlich auch nicht, nachdem die Corporation aufgehoben iſt. Die Aufhebung nimmt die Perſon weg, welcher allein, nicht den Gliedern, die Corporationsgüter zuſtanden.

Zur Entſtehung einer juriſtiſchen Perſon gehört zweierley: 1) die Exiſtenz der Unterlage, mit welcher die Perſönlichkeit verbunden iſt, eines Perſonenvereins oder eines Güterinbegriffs; 2) eine Rechtsvorſchrift, welche dieſem Subject die Perſönlichkeit beilegt. Dieſe Vorſchrift kann ein Rechtsſatz ſeyn, der im allgemeinen feſtſetzt, daß unter gewiſſen Vorausſetzungen eine juriſtiſche Perſon angenommen werden ſoll, ſo daß es alſo nur darauf ankommt, zu unterſuchen, ob dieſe Vorausſetzungen in einem beſondern Fall eingetreten ſind, ob z. B. ein Perſonenverein oder eine Stiftung von der Beſchaf-

---

d) L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8).

e) L. 7 §. 1. D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

fenheit iſt, wie ſie das Recht vorausſetzt, wenn es einem ſolchen Subject die Perſönlichkeit beilegt. Außerdem liegt es aber auch in der Macht der Staatsgewalt, eine juriſtiſche Perſon durch eine constitutio personalis hervorzubringen, ohne daß dieß als eine Richtſchnur für andere Fälle gleicher Art gelten ſoll.

Aufgehoben wird eine juriſtiſche Perſon theils dadurch, daß das Subject derſelben wegfällt, wie wenn eine Corporation ausſtirbt, ſo daß kein Glied mehr exiſtirt, während, wenn auch nur noch ein einziges Glied vorhanden iſt, in dieſem ſich noch die Univerſitas darſtellt [f]), theils dadurch, daß die Staatsgewalt dem Subject die Perſönlichkeit entzieht. Dieſe Aufhebung durch den Staat iſt nichts willkührliches, auch nicht bey den Perſonen, die es durch eine constitutio personalis geworden ſind, aus welchen Gründen ſie aber rechtmäßiger Weiſe geſchehen kann, iſt eine ſtaatsrechtliche Frage.

b. Arten der Rechte nach der Stellung der Perſonen.

aa. Begriff des Vermögens.

CXCIII. Vermögen (bona) iſt der Inbegriff aller der Rechte einer Perſon, als deren Subject wir ſie als Einzelne, alſo außerhalb der natürlichen Verbindungen der Familie und des Volks denken können. Es ſind die Rechtsverhältniſſe, welche unmittelbar den Bedürfniſſen des einzelnen Menſchen als ſolchen entſprechen, und nur mittelbar auch für die Zwecke der Familie, des Staats, der Kirche beſtimmt ſind. Als Einzelnem iſt dem Menſchen die Herrſchaft über die Sachen gegeben, über die körperlichen Dinge außer ihm, die keine andere Beſtimmung haben, als ihm zu dienen. Daher ſind Vermögensrechte vor allem die Rechte an Sachen: Eigenthum und iura in re aliena, ſodann aber auch die Obligationen, deren Gegenſtand zwar nicht unmittelbar Sachen ſind, doch mittelbar,

f) L. 7 §. 2 D. quod cuiuc. univ. (3, 4).

inſofern die Handlung, welche den Gegenſtand der Obligatio bildet, in einer Sache ihr Aequivalent finden muß. Daher läßt ſich Vermögen bezeichnen als der Inbegriff der Rechte einer Perſon, die einen Sachwerth haben oder beſtimmter, da Geld die Sache iſt, die den Werth der übrigen mißt und darſtellt, deren Werth ſich in Geld anſchlagen läßt.

Zuweilen wird unter Vermögen nur das active verſtanden: Rechte an Sachen, und Forderungen, ſo daß nicht bloß die Obligationen, in welchen die Perſon als Schuldner ſteht, nicht darin begriffen ſind, ſondern ſogar ihr Betrag von jenem abgerechnet, alſo Vermögen nur das genannt wird, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt[a]). Man kann dieß die natürliche Bedeutung von bona nennen[b]): proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent[c]). Im juriſtiſchen Sinne aber werden unter den bona auch die Schulden begriffen, ſo daß ein Vermögen exiſtirt, auch wenn die Activa durch die Paſſiva erreicht oder überſchritten werden[d]).

Eine noch engere Bedeutung von Vermögen war für das alte Staatsrecht von großer Wichtigkeit: das Vermögen, welches censui censendo war, d. h. beim Cenſus berückſichtigt wurde: dahin gehörten nur die Güter, die dem Bürger ex iure quiritium zuſtanden, das wovon er ſagen konnte: meum est ex iure quiritium; ausgeſchloſſen waren die nichtquiritiſchen Rechte an Sachen, ſodann alle Obligationen, ſowohl Forderungen als Schulden[e]).

---

a) L. 39 §. 1 D. de V. S. (50, 16): bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt. L. 72 pr. D. de iure dot. (23, 3) L. ult. D. de usu et usufr. leg. (33, 2) L. 2 §. 1 D. de coll. bonor. (37, 6) L. 11 D. de iure fisci (49, 14).

b) L. 49 D. de V. S. (50, 16).

c) L. 83 D. eod.

d) L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1). Vgl. L. 208 D. de V. S. (50, 16).

e) Vgl. Huſchke Verf. des Servius S. 558 ff.

bb. Begriff der Familie.

CXCIV. Das Wort familia iſt vieldeutig[a]). Im weiteſten Sinn bedeutet es die Geſammtheit alles deſſen, was der rechtlichen Macht eines römiſchen Bügers unterworfen iſt, Perſonen und Güter, inſonderheit nach quiritiſchem Recht. Das Wort begreift alles, was bey dem Cenſus angegeben werden mußte. Soll das eigentliche Vermögen hervorgehoben werden, ſo erhält es den Zuſatz familia pecuniaque, wie in der teſtamentariſchen Mancipationsformel[b]), aber auch ohne dieſen Zuſatz wurde es in den Zwölf Tafeln in dieſer beſonderen Richtung auf das Vermögen gebraucht. Dieſer Sprachgebrauch iſt ſpäter abgekommen, nur daß in Kunſtausdrücken, die ſich bis auf die neuere Zeit erhalten haben, wie familiae emtor, familiae erciscundae actio, Spuren deſſelben übrig geblieben ſind.

In einem engeren Sinn bezieht ſich das Wort nur auf die Perſonen, die in der Gewalt eines Römers ſich befinden: in potestate, manu, mancipio[c]). Auch in dieſem Sinn gehören noch die Sclaven zur Familie, ja es hat ſich der beſondere Sprachgebrauch gebildet, daß ſie vorzugsweiſe unter dieſem Wort begriffen werden[d]).

Hier haben wir es zunächſt mit der familia im engſten Sinn zu thun, in welchem ſie die Geſammtheit der Perſonen iſt, die in der patria potestas oder manus eines Römers ſtehen, dieſen princeps familiae mit inbegriffen. Sie begreift alſo den Vater, und die in ſeiner Manus befindliche Frau, die in ſeiner väterlichen Gewalt ſtehenden Söhne und Töchter, die

---

a) L. 195. 196 D. de V. S. (50, 16). Im Deutſchen ſteht ihm nahezu „Haus“ und „Hausweſen“ gleich. *b*) Gai. II. 104.

c) So bey Cic. de leg. III. 3: censores populi aevitates, suboles, familias pecuniasque censento. L. 25 §. 2 D. de aedil. ed. (21, 1).

d) L. 195 §. 3 D. de V. S. (50, 16). Cic. de off. I. 17. In ähnlicher Weiſe wird mit dem Wort Haus, wie mit dem franzöſiſchen maison, die Dienerſchaft bezeichnet.

Kinder der Söhne, und die in ihrer Manus ſtehenden Frauen[e]). Dieſe Familienverbindung dauert aber nicht bloß ſo lange dieſe Perſonen durch jene Gewalten als gegenwärtig beſtehende verbunden ſind, auch wenn ſie durch den Tod des Familienhaupts ſelbſtſtändig und ſelbſt Familienhäupter geworden ſind, bilden ſie noch immer eine familia, als deren Haupt der Verſtorbene zu betrachten iſt. So ſpaltet ſich eine Familie in mehrere, es giebt ſo viele Familien, als ſelbſtſtändige Perſonen exiſtiren, denn jede ſelbſtſtändige Perſon iſt wieder ein princeps familiae, der wenn er niemanden in ſeiner patria potestas oder manus hat, wenigſtens für ſich ſelbſt eine familia darſtellt[f]). Aber dieſe Specialfamilien ſind zu einer allgemeinen verbunden, ſo weit ſie durch ein verſtorbenes Haupt zuſammenhängen, unter deſſen Gewalt, wenn er noch lebte, ihre Glieder beſchloſſen wären.

Die Glieder einer ſolchen allgemeinen Familie, die von dem gegenwärtigen Daseyn eines gemeinſamen Haupts unabhängig iſt, heißen Agnaten. Agnation iſt die Verbindung mehrerer Perſonen, die auf patria potestas und manus beruht, in welcher Gewalt alle dieſe Perſonen gemeinſchaftlich ſtehen würden, wenn das Haupt der Familie noch lebte[g]). Die Agnaten ſind durch eine Kette von Gewalten verbunden, die von jedem auf jeden ununterbrochen hinüberreicht. Dieſe die Agnation vermittelnden Gewalten brauchen jetzt nicht mehr zu beſtehen, aber ſie müſſen nicht durch eine capitis deminutio aufgehoben worden ſeyn, welche die Agnation deſſen, der ſie

e) Vgl. Bd. I S. 128.

f) Dieß iſt ſtets der Fall bey Frauensperſonen, die niemanden in der patria potestas oder manus haben können, alſo, wenn ſie ſelbſtſtändig ſind, allein ihre Familie bilden, aus der nicht wieder eine andere hervorgehen kann: mulier familiae suae et caput et finis est L. 195 §. 5 D. de V. S. (50, 16).

g) Im juſtinianiſchen Recht iſt die Manus weggefallen, alſo die väterliche Gewalt allein als Grund der Agnation übrig geblieben.

erleidet, zerſtört. Nur durch eine ſolche Gewalt, in der er ſteht oder ſtand, gehört er einem Agnatenkreis an, daher kann jemand nur durch einen Mann, nicht durch eine Frau (die keiner ſolchen Gewalt fähig iſt) Agnaten haben, nur eine Verwandtſchaft per mares kann Agnation ſeyn [h]). Eine Frauensperſon kann ſelbſt in väterlicher Gewalt oder Manus ſtehen, und daher Agnatin ſeyn, aber ſie ſetzt die Familie nicht fort, die Kinder als ſolche ſind nicht Agnaten der Agnaten ihrer Mutter [i]).

Die einzelnen Agnaten ſelbſt ſtehen ſich entfernter oder näher, je nachdem die Kette von Gewalten, die ſie verbindet, mehr oder weniger Glieder hat. Die nächſten Agnaten einer Perſon ſind die, welche in ihrer Gewalt ſelbſt ſtehen, es iſt eine einzige Gewalt, welche die Verbindung zwiſchen ihnen herſtellt. Unter dieſen iſt aber doch wieder ein Unterſchied. Es hat jemand in ſeiner Gewalt einmal ſeine Söhne und Töchter, und die Frau die in ſeiner Manus ſich befindet, ſodann die Kinder ſeiner Söhne, und die Frauen, die in der Manus ſeiner Söhne ſtehen u. ſ. f. Seine Gewalt über dieſe letzteren, die Enkel und Schwiegertöchter, iſt vermittelt durch ſeine Gewalt über die Söhne. Die allernächſten Agnaten einer Perſon ſind nun die, welche ohne eine ſolche Mittelsperſon ihrer Gewalt unterworfen ſind, und dieſe heißen sui des Gewalthabers [k]), es ſind die, welche durch ſeinen Tod gewaltfrey, sui iuris, werden. Dahin gehören ſeine Söhne und Töchter, und die Frau, die in ſeiner Manus iſt, die Kinder und Frauen ſeiner Söhne aber nur, wenn dieſe z. B. durch ihren Tod aufgehört haben, in ſeiner Gewalt zu ſtehen, jene aber darin zurückgeblieben ſind. Außerdem werden ſie durch ſeinen Tod nicht gewaltfrey, ſondern fallen in die patria po-

---

h) — agnationis iura a patre oriuntur L. 4 D. unde cogn. (38, 8).
i) L. 10 §. 2 D. de gradib. et adfin. (38, 10).
k) L. 10 §. 3 D. eod.

testas oder bleiben in der Manus der Söhne. Auf dieſe nächſten Agnaten folgen die Geſchwiſter, deren Verbindung durch zwey Gewalten hergeſtellt wird, und ebenſo verhält es ſich mit der Mutter und dem Kind, wenn jene in der manus, dieſes in der patria potestas deſſelben Mannes ſteht oder ſtand, ihre agnatiſche Verbindung beruht auf dieſen zwey Gewalten, wie die der Geſchwiſter[l]). Die agnatiſchen Geſchwiſter heißen consanguinei fratres et sorores, die denſelben Vater haben, ſey es bloß denſelben Vater oder auch dieſelbe Mutter; die letztere iſt in Beziehung auf die Agnation gleichgültig, ſie bewirkt nach den obigen Grundſätzen nicht die Agnation (Geſchwiſter bloß von der Mutter her, uterini, ſind keine Agnaten), und verſtärkt ſie nicht, wenn ſie vom Vater her vorhanden iſt. So können es ferner drey (wie bey Vaters Bruder oder Schweſter und Bruders Sohn oder Tochter), vier und mehr Gewalten ſeyn, welche die Agnation vermitteln; es beſteht für die Agnation keine Gränze, als die zufällige, welche durch die Unmöglichkeit, bey einer ſehr großen Entfernung die ununterbrochene Verbindung nachzuweiſen, entſtehen kann. Wo aber die Agnation nicht mehr nachzuweiſen iſt, da können die Perſonen noch als Glieder eines größeren Kreiſes, in welchem die Agnatenkreiſe enthalten ſind, der Gens nämlich, verbunden ſeyn. Zur Herſtellung der Gentilität gehört nur der gemeinſame Name, die Abſtammung von lauter Freigeborenen, und die Abweſenheit einer Capitis Deminutio[m]).

CXCV. Neben den civilrechtlichen Bedeutungen von familia ſteht eine natürliche: Geſammtheit aller der Perſonen,

---

l) Gai. III. 14 (cf. Collat. XVI. 2, 14): — sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem aput patrem nostrum iura filiae consecuta est.

m) Cic. top. 6 nach Scävola: Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt — quorum maiorum nemo servitutem servivit — qui capite non sunt deminuti.

die durch gemeinſame Abſtammung verbunden ſind[a]). Wenn jene auf rein juriſtiſchen Verhältniſſen (Eigenthum und Gewalt), ſo beruht dieſe auf einem natürlichen Umſtand, der Abſtammung, der Gemeinſchaft des Bluts. Die Perſonen, die in dieſem Verhältniß zu einander ſtehen, heißen natürliche Verwandte, cognati. Bey der natürlichen, wie bey der Agnatenfamilie, laſſen ſich die allgemeine Familie, der Inbegriff aller Cognaten, und die Specialfamilien, in die ſie ſich ſpaltet: die einzelnen Hausweſen, unterſcheiden. Wir haben es hier lediglich mit jener zu thun.

Die Cognation, Blutsverwandtſchaft, hat eine natürliche Grundlage, die Zeugung oder Abſtammung. Zur Verwandtſchaft zweier Perſonen iſt nichts erforderlich, als daß ſie entweder von einander oder wenigſtens von einer dritten gemeinſchaftlich abſtammen. Damit ſind zugleich die beiden Arten der Verwandtſchaft ausgedrückt. Perſonen, deren eine von der andern (unmittelbar oder durch Mittelglieder) abſtammt, ſtehen in dem Verhältniß von Aſcendenten und Deſcendenten, die Reihe der in dieſem Verhältniß Verwandten wird auf- und abſteigende Linie, gerade Linie (linea recta) genannt. Perſonen die nur von einem Dritten gemeinſchaftlich abſtammen, heißen Seitenverwandte, Collateralen, die Geſammtheit derſelben bildet die Seitenlinie (man nennt ſie auch linea transversa s. obliqua). Dieſe Seitenverwandtſchaft iſt eine vollbürtige, wenn der gemeinſame Stamm ein Paar, eine halbbürtige, wenn nur eine einzelne Perſon der gemeinſchaftliche Erzeuger iſt. Dieſer Unterſchied iſt vornehmlich bey den nächſten Seitenverwandten, den Geſchwiſtern, von Wirkung; vollbürtige Geſchwiſter ſind, die Vater und Mutter gemein, halb-

---

a) L. 195 §. 4 D. de V. S. (50, 16): item appellatur familia plurium personarum quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.

bürtige, die nur denſelben Vater, oder nur dieſelbe Mutter haben[b]).

Perſonen können mehrfach verwandt ſeyn; dieß iſt der Fall, wenn der Grund der Verwandtſchaft mehrmals bey ihnen eintritt, mit andern Worten: wenn mehrere Linien von der einen zur andern hinführen. Eine ſolche mehrfache Cognation tritt ein 1) wenn zwey Verwandte ein Kind zeugen, dieſes iſt mit jedem ſeiner Parentes auch durch den andern verwandt, es iſt auch Seitenverwandter ſeines Vaters u. ſ. f. Sind z. B. die Eltern Geſchwiſterkinder, ſo hat das Kind dieſelbe Perſon zum Urgroßvater oder zur Urgroßmutter von väterlicher und von mütterlicher Seite, es iſt durch zwey Linien (Vater, väterlicher Großvater oder Großmutter, — Mutter, mütterlicher Großvater oder Großmutter) mit ihr verbunden; 2) wenn zwey Perſonen, die zwar nicht ſelbſt verwandt ſind, aber einen gemeinſchaftlichen Verwandten haben, ein Kind zeugen, z. B. es heirathet jemand die Schweſter ſeiner verſtorbenen Frau, die Kinder, die er aus beiden Ehen hat, haben denſelben Vater und denſelben mütterlichen Großvater oder Großmutter, ſie ſind gegenſeitig zugleich Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder. Dahin gehört auch der Fall, wenn zwey Perſonen, jede mit einem Verwandten der andern ein Kind zeugen, z. B. zwey Frauen heirathen jede den Sohn der andern, die Söhne aus dieſen beiden Ehen ſind jeder der Oheim und Neffe des andern[c]). Alle Fälle der mehrfachen Cognation

---

b) Uterini fratres et sorores heißen ſchon bey den Römern die halbbürtigen von der Mutter her, consanguinei bey den Neuern die halbbürtigen vom Vater, — die Römer nennen consanguinei überhaupt von demſelben Vater erzeugte (oder adoptirte), ohne Rückſicht auf die Mutter, alſo auch die vollbürtigen. Für die vollbürtigen endlich iſt der Name germani üblich, dieſer Ausdruck wird von den Römern nicht als ein techniſcher, und am allerwenigſten zur ausſchließlichen Bezeichnung der vollbürtigen Geſchwiſter gebraucht.

c) L. 10 §. 14 D. de gradib. (38, 10). Um zu finden, daß die=

(alſo abgeſehen von dem Hinzutritt einer Adoptivverwandtſchaft zu einer beſtehenden Blutsverwandtſchaft) fallen unter jene beiden Gattungen[d]).

Es iſt geſagt worden, daß die Blutsverwandtſchaft auf dem natürlichen Umſtand der Abſtammung und nur auf dieſem beruht. Aber als Rechtsverhältniß ſetzt ſie die juriſtiſche Gewißheit dieſes Umſtands voraus, nur was bewieſen werden kann, hat ein rechtliches Daſeyn. Jene Gewißheit nun iſt an ſich nur in Beziehung auf die Mutter möglich, mater certa est, nicht hinſichtlich des Vaters. Dieſem Mangel hat das Recht durch eine Präſumtion abgeholfen, durch die mit der Mutter auch der Vater gegeben iſt: als Vater gilt der Ehemann der Mutter, pater est quem nuptiae demonstrant[e]). Uneheliche Kinder haben keinen Vater und keine väterlichen Verwandten[f]), während die Verwandtſchaft mit der Mutter und ihren Verwandten rein auf das Factum der Zeugung geſtellt bleibt, alſo kein Unterſchied zwiſchen ehlich und außerehlich Erzeugten iſt. Dieſe Grundſätze haben einige Modificationen erfahren. Es giebt 1) Ausnahmen von der Regel, daß in Beziehung auf den Vater nur ehliche Zeugung in Betracht kommt. Das römiſche Recht kennt ein der Ehe factiſch analoges Geſchlechtsverhältniß, den Concubinat, die darin Erzeug-

---

ſer Fall wirklich unter die obige Rubrik gehört, darf man nur nicht das Undenkbare denken, daß beide Kinder genau in demſelben Moment geboren werden. Die Frau, die (wenn auch nur um eine Tertie) ſpäter gebiert als die andere, hat im Augenblick der Geburt einen gemeinſchaftlichen Verwandten mit ihrem Mann, nämlich das Kind der andern, das der Bruder ihres Manns und ihr Enkel iſt.

d) Die mehr als dieſe angenommen haben, non animadverterunt, quasdam species inter genera se retulisse.

e) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4). Von den Gränzen dieſer Präſumtion wird an einem andern Ort gehandelt werden.

f) Gai. I. 64: — patrem habere non intelleguntur, cum incertus sit. unde solent spurii filii appellari — quasi sine patre filii. Daher haben unehliche Kinder keine Agnaten L. 4 D. unde cogn. (38, 8).

ten werden in gewiſſen Beziehungen als Kinder ihres Vaters, als *naturales* liberi, anerkannt. Daher wird jene Regel vorzugsweiſe auf die übrigen Außerehlichen: spurii, vulgo quaesiti, vulgo concepti geſtellt[g]. Ja auch bey dieſen letzteren wirkt die natürliche Wahrſcheinlichkeit des Vaters als Ehehinderniß[h]. 2) Ausnahmen von der Regel, daß hinſichtlich der Mutter kein Unterſchied iſt zwiſchen ehlich und außerehlich Erzeugten. Juſtinian hat verordnet, daß bey einer Frau von vornehmſtem Stand (illustris mulier) die unehlichen Kinder ignorirt werden ſollen[i], und ein gleiches ſcheint er von den Fällen verordnet zu haben, wo die Erzeugung ein Verbrechen iſt, ſo daß die ex complexibus nefariis, incestis, damnatis Erzeugten als Kinder ohne Eltern zu betrachten wären[k].

Die rechtlichen Wirkungen der Verwandtſchaft beſtimmen ſich theils nach der Art, theils nach dem Grad derſelben. Der Art nach theilen ſich die Verwandten in drey natürliche Claſſen: Deſcendenten[l], Aſcendenten[m], Seitenverwandte[n].

---

g) L. 23 D. de statu hom. (1, 5): vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt — qui et spurii appellantur παρὰ τὴν σποράν. *h*) L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2): — ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur, patrem eum esse. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est —.

i) L. 5 C. ad S. C. orphit. (6, 57).

k) Nov. 89 c. 15 vgl. L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5).

l) 1) Filius, filia 2) nepos, neptis 3) pronepos, proneptis 4) abnepos, abneptis 5) adnepos, adneptis 6) trinepos, trineptis. Die folgenden werden nur mit dem allgemeinen Namen posteriores bezeichnet.

m) 1) Pater, mater 2) avus, avia 3) proavus, proavia 4) abavus, abavia 5) atavus, atavia 6) triavus, triavia. Die folgenden heißen ſchlechtweg maiores.

n) 1) Frater et soror, und deren filii, nepotes, pronepotes, abnepotes (ſo wie filiae, neptes u. ſ. f.).

2) Patruus, amita (Geſchwiſter des Vaters) avunculus, matertera (Geſchwiſter der Mutter); von jenen Sohn und Tochter: frater et so-

Unter den Seitenverwandten ſind ausgezeichnet einmal die Geſchwiſter; ſodann ein gewiſſes Verhältniß der ungleichen Seitenlinie. Verwandtſchaft der ungleichen Seitenlinie beſteht zwiſchen zwey Seitenverwandten, von denen der eine weiter als der andere von dem gemeinſamen Stamme abſteht. Jenes ausgezeichnete Verhältniß dieſer ungleichen Seitenlinie iſt nun das, wobey eine der beiden Perſonen Sohn oder Tochter des gemeinſamen Stammes iſt, es beſteht alſo zwiſchen Oheim, Tante, Großoheim, Großtante u. ſ. f. auf der einen, und Neffen, Nichte u. ſ. f. auf der andern Seite, und wird dem elterlichen verglichen [o]). — Grad der Verwandtſchaft bedeutet den größeren oder geringeren Abſtand der verwandten Perſonen von einander. Die Römer denken ſich nämlich dieſe Abſtände als aus Stufen, gradus, beſtehend, auf welchen man um von einer Perſon zur andern zu gelangen, hinabſteigt (bey den Deſcendenten: der Sohn bildet den erſten Grad, der Enkel den zweiten u. ſ. f.) oder aufſteigt (bey den Aſcendenten:

---

ror patruelis, und amitinus, amitina (patrueles heißen die von zwey Brüdern Erzeugten, amitini Geſchwiſterkinder von Bruder und Schweſter), Enkel: patruelis etc. filius, Urenkel: patruelis etc. nepos; von den Geſchwiſtern der Mutter Sohn und Tochter: frater consobrinus, soror consobrina (im gemeinen Leben führten alle Geſchwiſterkinder, alſo auch patrueles und amitini den Namen consobrini), Enkel: consobrini etc. filius, Urenkel: consobrini etc. nepos.

3) Patruus magnus, amita magna (Geſchwiſter des Großvaters) avunculus magnus, matertera magna (Geſchwiſter der Großmutter); von beiden Sohn und Tochter: propior sobrino, sobrina, Enkel: sobrinus, sobrina.

4) Propatruus, proamita (Geſchwiſter des Urgroßvaters) proavunculus, promatertera (Geſchwiſter der Urgroßmutter); von ihnen Sohn und Tochter: propatrui etc. filius, filia.

5) Abpatruus, abamita (Geſchwiſter des Ururgroßvaters) abavunculus, abmatertera (Geſchwiſter der Ururgroßmutter).

o) §. 5 I. de nupt. (1, 10) L. 39 pr. D. de ritu nupt. (23, 2). Die Neuern haben davon den Ausdruck respectus parentelae für jenes Verhältniß gebildet.

der Vater iſt die erſte Stufe, der Großvater die zweite u. ſ. f.), oder auf= und abwärts zugleich: bey den Seitenverwandten, indem man, um von dem einen zum andern zu gelangen, zuerſt bis zum gemeinſamen Stamm auf= und von ihm wieder bis zu der andern Perſon hinabzuſteigen hat[p]). Die Zahl der Stufen, die man auf= oder abwärts, oder auf= und abwärts zu ſteigen hat, bezeichnet die Nähe und Ferne, den wievielſten Grad der Verwandtſchaft. Die Sache läßt ſich auch ſo ausdrücken: jede Zeugung bildet einen Grad, ſo viele Zeugungen nothwendig waren, um die Verwandtſchaft zweier Perſonen zu vermitteln, im ſovielſten Grad ſind ſie mit einander verwandt (quot generationes, tot gradus)[q]).

---

p) L. 10 §. 9. 10 D. de gradib. (38, 10).

q) Z. B. Geſchwiſterkinder ſind im vierten Grad (wenn man zugleich die Art der Verwandtſchaft angeben will: der Seitenlinie) verwandt, denn (nach römiſcher Anſchauung) man hat, um von dem Einen zu dem gemeinſamen Stamm (ihrem Großvater oder Großmutter) zu gelangen, zwey Stufen, und ebenſoviel von dieſem herab zu dem Andern zu ſchreiten. Nach dem obigen zweiten Ausdruck: es liegen vier Zeugungen zwiſchen ihnen, die Zeugung eines jeden von ſeinem Parens, und dieſes von dem gemeinſamen Stamm (ſ. g. stipes communis). — Zuſammenſtellungen der Perſonen, welche die geſammte Verwandtſchaft bilden, nach den Graden und mit den Verwandtſchaftsnamen (*στέμματα* cognationum) finden ſich in Paulus sent. IV. 11: de gradibus, Dig. XXXVIII. 10: de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, Inst. III. 6: de gradibus cognationis. Dieſe Anweiſungen pflegten auch durch bildliche Darſtellungen veranſchaulicht zu werden. Eine ſolche hat Böcking im Corpus iur. anteiust. bonnens. p. 175 a aus einer Handſchrift der notitia dignit. herausgegeben. Auch den Inſtitutionen Juſtinian's war ein ſolches Bild beigefügt, mehrere Handſchriften enthalten ſey es eine Copie, ſey es eine Nachahmung deſſelben, ſ. die Schrader'ſche Inſtitutionen=Ausgabe. Heutzutage pflegen, um Verwandtſchaftsfälle anſchaulich zu machen, folgende Zeichen gebraucht zu werden. Perſonen werden mit einem Kreis ○, die welche beſonders hervorgehoben werden ſollen, mit einer doppelten Kreislinie ◎ bezeichnet, jenes iſt aber auch inſonderheit das Zeichen für Mannsperſonen, für Frauensperſonen werden die Zeichen eines Vierecks, Dreyecks, oder Halbkreiſes □ △ ⌓ gebraucht. Die Ehe wird mit einem Bogen ◡, die Zeugung mit einer

Es ſind jetzt zwey Familienverbindungen dargeſtellt worden: Agnation und Cognation, ihr Verhältniß zu einander ſoll nun noch beſtimmt werden. Beide laſſen ſich unter dem allgemeinen Begriff der Verwandtſchaft, cognatio im weiteren Sinn, zuſammenfaſſen. Agnation iſt die civilrechtliche Verwandtſchaft, civilis cognatio, Cognation die natürliche, naturalis cognatio [r]). Der Grund der Agnation iſt ein juriſtiſches Verhältniß (patria potestas und manus), wie dieſes kann ſie daher willkührlich entſtehen; wer durch Adoption in die väterliche Gewalt gekommen iſt, iſt eben ſo gut Agnat der Agnaten ſeines Adoptivvaters, als der leibliche Sohn, der durch die Erzeugung in jenes Verhältniß zu dem Vater und dadurch in den Agnatenkreis deſſelben eingetreten iſt. Denn nicht die Erzeugung iſt es, die dieſen zum Agnaten macht, ſondern die väterliche Gewalt, die und ſofern ſie eine Folge der Erzeugung iſt. Mithin, da die väterliche Gewalt und die Manus möglich iſt unter Perſonen, die natürlich nicht verwandt ſind, kann jemand Agnat einer Perſon ſeyn, ohne ihr wirklicher Cognat zu ſeyn, und wenn er dieß iſt, kann er in einem andern Grad ihr Agnat, in einem andern ihr Cognat ſeyn. Dieſe Möglichkeit iſt indeſſen in der Anwendung durch den Grundſatz modificirt, daß die Agnaten auch die Rechte der Cognaten haben ſollen, wer Agnat einer Perſon iſt, der wird, ſo lange er dieß iſt, im Recht auch als ihr Cognat behandelt, auch wenn er es wirklich nicht wäre [s]). Die Agnation kann ſich ferner endigen, durch capitis deminutio der Perſon, nicht die Cognation, die auf einem Factum beruht, wel-

---

abwärtsgehenden geraden Linie, wodurch zwey Perſonen verbunden werden, bezeichnet. (Die Verbindung mit einer horizontalen geraden Linie ○—○ gebrauchen Manche als Zeichen für das Geſchwiſterverhältniß.) Der Tod einer Perſon wird durch das Durchſtreichen ihres Zeichens, oder Beiſetzung eines Kreuzes angedeutet.

r) L. 4 §. 2 D. de gradib. (38, 10).

s) L. 10 §. 2. 4 D. eod. L. 1 §. 4 D. unde cogn. (38, 8).

ches nicht ungeſchehen gemacht werden kann[t]), nur jene juri-ſtiſch angenommene Cognation, die lediglich auf der Agnation beruht, endigt mit dieſer[u]).

Sind ſich Agnation und Cognation ſo ungleich in ihrem Weſen ſelbſt, ſo ſind ſie es nicht weniger in ihren Wirkungen. Mit weit überwiegender Bedeutung tritt im alten Recht die Agnation auf, ihrer ſtreng juriſtiſchen Geſtaltung entſpricht eine ihr faſt ausſchließlich zukommende Wirkung im Recht, in dieſer Stellung deckt ſie die natürliche Verwandtſchaft beinahe zu, die nur als ein Hinderniß mancher Verhältniſſe, welche den Banden des Bluts widerſprechen, wie namentlich der Ehe, eine rechtliche Wirkung äußerte. Nur allmählich trat die Cognation aus dieſer Hülle hervor, Geſetze, welche gewiſſe Schenkungen, gewiſſe Vermächtniſſe verboten, begünſtigten die Cognaten durch Ausnahme von dieſem Verbot. Ferner entſtand, ebenfalls ſchon während der freien Republik, die rechtliche Ueberzeugung, daß auch den Cognaten ein wenn auch minderer Anſpruch auf das Vermögen eines Verſtorbenen gebühre, welche vornehmſte privatrechtliche Wirkung der Verwandtſchaft die civilrechtliche früher ausſchließlich occupirte, und in der ſie erſt viel ſpäter ihren Vorrang gänzlich verlor. Und nicht einmal unbeſchränkt wurde der Cognation dieſe an ſich ſchon mindere Wirkſamkeit zuerkannt; während der entfernteſte Agnat in den Fall kommen konnte, ſeine agnatiſchen Rechte geltend zu machen, wurden die Cognaten nur bis zum ſechſten Grad, dieſen eingeſchloſſen, in einigen Fällen bis zum ſiebenten, als ſolche anerkannt, daher denn auch die römiſchen Juriſten in ihren Ueberſichten der Verwandten, und der Angabe ihrer Namen nur bis zum ſechſten, oder höchſtens zum ſiebenten Grad fortgehen[v]). Die Richtung auf Her-

t) Gai. I. 158 L. 8 D. de R. I. (50, 17).

u) L. 3 D. unde cogn. (38, 8).

v) S. z. B. L. 1 §. 3 L. 9 pr. D. unde cogn. (38, 8). Vgl.

vorhebung der Cognation gegenüber der Agnation ſetzt ſich in der Geſchichte des römiſchen Rechts fort bis auf Juſtinian, der zuletzt der erſten einen vollſtändigen Sieg über die letzte verſchafft, und auch die Beſchränkung jener auf gewiſſe Grade beſeitigt hat[w]).

Das andere civilrechtliche Verhältniß, welches an die Agnation, über ihre Gränzen hinausgehend, ſich anſetzte, die Gentilität (§. 194 a. E.), hat ſchon beziehungsweiſe früh angefangen, ſeine rechtliche Bedeutung zu verlieren. Gaius ſagt, das ius gentilicium ſey außer Gebrauch gekommen[x]), ſicher nicht erſt ſeit kurzem, bey Cicero wird ein wahrſcheinlich aus der zweiten Generation vor ihm entnommenes Beiſpiel ſeiner Anwendung erwähnt[y]), der Fall betraf die Beerbung des Sohns eines Freigelaſſenen, in dieſer Richtung mag ſich das Recht am längſten erhalten haben; die gentiliciae hereditates, um die Julius Cäſar von Sulla geſtraft wurde[z]), ſind wohl ebenſo zu verſtehen.

CXCVI. Neben der Cognation und auf ſie ſich beziehend ſteht noch ein anderes verwandtſchaftliches Verhältniß, die Affinitas. Durch die Ehe geſchieht es, daß zwey Ver-

---

Note l m n, wo die Cognaten in den verſchiedenen Richtungen bis zum ſechſten Grad incl. fortgeführt ſind.

w) Klenze die Cognaten und Affinen nach R. R. ꝛc. (Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. VI. 1) hat ſich bemüht, die Wirkungen der natürlichen Verwandtſchaft ſchon im älteren Recht herauszuſtellen, bei welchem verdienſtlichen Unternehmen er freilich nicht vermieden hat, einen Einfluß, den man früher allzugering angeſchlagen oder ganz ignorirt hatte, ſeinerſeits über Gebühr zu vergrößern.

x) Gai. III. 17. Ulpian in der collat. XVI. 4, 2.

y) Cic. de orat. I. 39: Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, quum Marcelli ab liberti filio *stirpe*, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem *gente* ad se rediisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum. Von dieſer Stelle wird noch im Erbrecht gehandelt werden. *z*) Sueton. Iul. 1.

wandtſchaften, die des Mannes und die der Frau, in dieſen verehlichten Perſonen an einander gränzen[a]). Die Cognation des einen Ehegatten iſt die affinitas des andern. Jeder Ehegatte hat den andern[b]) und deſſen Cognaten zu Affines, nicht die Agnaten deſſelben als ſolche[c]), noch weniger ſind die beiderſeitigen Cognaten unter einander Affines[d]). Im Deutſchen heißt dieſes Verhältniß Verſchwägerung, die Aſcendenten des einen Gatten ſind die Schwiegereltern[e]), ſeine Deſcendenten die Stiefkinder des andern[f]), und hinwiederum ſind die Gatten für jene die Schwiegerkinder[g]), für dieſe die Stiefeltern[h]). Die Collateralen des einen ſind die Schwäger des andern, und umgekehrt[i]). Die Affinitas dauert eigentlich nur ſo lange, als die Ehe durch die ſie begründet wird, und in Beziehung auf manche Wirkungen iſt man ſtreng bey dieſem Grundſatz ſtehen geblieben[k])', hinſichtlich mancher gieng man darüber hinaus, ja gewiſſe Wirkungen laſſen ſich erſt nach Auflöſung der die Affinität begründenden Ehe denken[l]).

In den Geſetzen, welche mit der Affinität gewiſſe Wirkun-

---

a) L. 4 §. 3 D. de grad. et affin. (38, 10).

b) L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10) Fragm. vat. 303.

c) Daher der Adoptirte nicht in die Affinität kommt L. 4 §. 10 D. de gradib. (38, 10). Doch iſt die Frau des Adoptivvaters für ihn wenigſtens novercae loco, und ſeine Frau nurus loco für den Adoptivvater L. 14 pr. §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2).

d) Privigni alſo, zuſammengebrachte Kinder der Ehegatten aus früheren Verbindungen, ſind unter ſich weder Cognaten (L. 10 §. 13 D. de gradib. 38, 10) noch Affinen. Daher L. 34 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2): inter privignos contrahi nuptiae possunt.

e) Socer, socrus; socer magnus, socrus magna (prosocer, prosocrus). *f*) Privignus, privigna.

g) Gener, nurus; progener, pronurus. *h*) Vitricus, noverca.

i) Levir des Mannes Bruder, glos des Mannes Schweſter (und des Bruders Frau).

k) L. 3 §. 1 D. de postul. (3, 1)) affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. Fragm. vat. 303.

l) Fragm. vat. l. c. Gai. I. 63.

gen verbinden, werden die Affines mit Namen aufgeführt[m]), nicht wie die Cognaten nach Graden. Daher wird geſagt: gradus affinitati nulli sunt[n]), und in der That, während bey der Cognation eine Stufe aus der andern hervorgeht (quasi ex eo nascitur L. 10 §. 10 D. de gradib.), kann dieſer Ausdruck bey der Affinität, die ſtets auf einer einzigen Ehe als ihrem Grunde beruht, nicht gebraucht werden. Dennoch läßt ſich auch hier von einer größeren oder geringeren Nähe des Verhältniſſes ſprechen: der nächſte in der Affinität iſt der Ehegatte ſelbſt, dann folgen ſeine Cognaten in dem Verhältniß, in welchem ſie zu ihm näher oder entfernter ſtehen[o]).

Der eigentliche Grund der Affinität iſt die Ehe, aber auch durch das bloße Verlöbniß entſteht ein Verhältniß, welches der Affinität in gewiſſen Beziehungen gleichgeſtellt, und auch mit dieſem Namen belegt worden iſt[p]).

Cognaten und Affinen werden unter dem Ausdruck: necessarii zuſammengefaßt[q]).

cc. Vermögensrecht und Familienrecht.

CXCVII. Die Unterſcheidung von Vermögensrechten und Familienrechten, an welche letztere ſich die Vermögensrechte, die von Familienverhältniſſen abhängen (wie namentlich das geſetzliche Erbrecht), anſchließen, hat ein beſonderes Inte-

---

m) L. 4 §. 4 D. de gradib. (38, 10). Z. B. in der Lex Cincia: privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor, sponsus, sponsa Fragm. Vat. 302.

n) L. 4 §. 5 D. de gradib. (38, 10).

o) So hieß es in der lex cornelia de iniuriis: ut non iudicet qui ei qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, *propiusve* eorum quemquam ea cognatione *affinitateve* attinget L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10). Es iſt daher auch von gradus affinium, im allgemeinen wenigſtens, die Rede L. 10 pr. de gradib. (38, 10).

p) Note m, L. 6 §. 1 L. 8 D. de gradib. (38, 10) vgl. L. 12 §. 1. 2 D. de ritu nupt. (23, 2).

q) Gallus Aelius bey Feſtus: necessarii.

reſſe dadurch, daß es Perſonen giebt, die nur der einen die=ſer beiden Claſſen fähig ſind, der andern nicht oder nur be=ſchränkt.

Am vollkommenſten tritt dieſer Unterſchied heraus bey den juriſtiſchen Perſonen, ihre Rechtsfähigkeit beſchränkt ſich durch=aus auf das reine Vermögen, von Familienverhältniſſen iſt bey ihnen nicht die Rede. Kein Recht, das eine Stellung in der Familie in ſich faßt oder vorausſetzt, kann einer juriſtiſchen Perſon zugeſchrieben werden.

Umgekehrt dagegen giebt es Perſonen, die eine Stellung in der Familie haben, aber von der Art, daß ſie dadurch faſt gänz=lich abſorbirt werden, ſo daß ihnen kein Vermögen, wenigſtens kein actives zugeſchrieben werden kann. Dieß ſind die in der patria potestas oder manus eines Andern ſtehenden (§. 219).

In der Geſchichte des Rechts (Bd. I §. 39 ff.) iſt die An=ſicht näher ausgeführt worden, daß in der allerälteſten Zeit, unter der ausſchließlichen Herrſchaft des ramniſchen Rechts, das Privatrecht durch das öffentliche bedeckt und unterdrückt war. Zuerſt befreite ſich das Vermögensrecht aus dieſen Ban=den, dann auch die Familie, in deren rechtlicher Geſtaltung übrigens noch bis in die ſpäteren Zeiten die Spuren ihres ur=ſprünglich rein politiſchen Daſeyns übrig blieben. Durch die Aufnahme der Plebs namentlich geſchah es, daß die Schei=dung der öffentlichen und der Privatperſon in dem Bürger zu vollem Bewußtſeyn und entſchiedener Wirkung gelangte. Neben die politiſchen Rechte der Civität trat als ein von ihnen unabhängiges die Fähigkeit zu dem Jus Quiritium, dadurch war dem Privatrecht ſeine ſelbſtſtändige und unabhängige Stellung zuerkannt. Zugleich aber drängte ſich die Scheidung der Vermögens= und der Familienrechte fortwährend der An=ſchauung auf. Auf die patriciſchen Familien war der patrici=ſche Staat gegründet, die Plebejer waren von dieſem, und damit auch von jenen ausgeſchloſſen; dieß wird ſo ausge=drückt: zwiſchen Patriciern und Plebejern beſteht kein Connu=

bium. Dieſe Ausſchließung blieb auch nachdem ein beide Stände umfaſſender Staat, aber auf einem neutralen Grund, dem des Vermögens, errichtet war, ſie verſchwand erſt, als der daneben fortdauernde patriciſche Staat der Curien ſeine Macht verlor; eine vermögensrechtliche Genoſſenſchaft dagegen nach Jus Quiritium beſtand von Anfang zwiſchen beiden Theilen: ſie hatten Commercium mit einander.

Als nun in die Civität als ſolche Connubium und Commercium gelegt war, ſo daß nur etwa die Ausübung derſelben in einzelnen Fällen aus beſonderen Gründen ausgeſchloſſen ſeyn konnte (wie z. B. die Ausübung des Connubiums durch Eheſchließung zwiſchen nahen Verwandten, die des Commerciums bey dem Prodigus, ſ. §. 202), ſo geſchah es, daß durch die Berührungen der Bürger mit Nichtbürgern jene Begriffe und ihre Unterſcheidung in fortwährender praktiſcher Bedeutung ſich erhielten. Dieſe Nichtbürger hatten kein Connubium mit den Römern, wenn es nicht in einzelnen Fällen ausnahmsweiſe aus beſonderen bewegenden Urſachen gegeben wurde, der größte Theil hatte auch kein, oder nur ein beſchränktes Commercium, doch gab es Perſonen, denen ein Commercium ohne Connubium eingeräumt wurde (§. 217).

Zugleich trat in das römiſche Recht der im zweiten Buch dargeſtellte Gegenſatz von Jus civile nnd Jus Gentium (Bd. I §. 83—85). Auf den Begriff des Connubiums hatte dieſer keinen Einfluß, es iſt nach wie vor die Fähigkeit (abſolut oder relativ: in Beziehung auf eine gewiſſe andere Perſon) eine Ehe zu ſchließen, welche das Jus civile als ſolche anerkennt und mit ſeinen Wirkungen bekleidet[a]), und damit zugleich die Fähigkeit zu den römiſchen Familienverhältniſſen überhaupt (als deren Quelle die Ehe zu betrachten iſt), und zu den von

a) Als daher die Lex Aelia Sentia gewiſſe Vorſchriften über Form und Wirkungen einer Ehe zwiſchen Latinen und Cives gemacht hatte (§. 218), behaupteten manche Juriſten, daß dadurch, die Beobachtung der Form vorausgeſetzt, connubium zwiſchen ihnen gegeben ſey Gai. I. 80.

ihnen abhängigen Vermögensrechten. Noch Ulpian (fragm. V. 3) beſtimmt das Connubium als uxoris *iure* (d. i. iure civili) ducendae facultas. In Beziehung auf das Commercium dagegen wurde der Verkehr des Jus Gentium und des Jus civile unterſchieden. Commercium heißt im weiteren Sinn die Möglichkeit eines Vermögensverkehrs überhaupt, damit iſt noch nicht geſagt, daß er in den römiſchen Formen und mit den eigenthümlich römiſchen Wirkungen vor ſich gehe[b]). Im eigentlichen Sinn aber wird auch dieſer Begriff auf das Vermögensrecht des Jus civile und ſeine eigenthümlichen Formen bezogen[c]).

c. Entſtehung und Endigung der Rechte.

α. Allgemeines.

CXCVIII. Die Rechte entſtehen und vergehen, indem eine Perſon berechtigt wird oder aufhört es zu ſeyn. Dieß iſt die Bewegung und Veränderung, welcher die Rechte in Beziehung auf die Subjecte unterworfen ſind. Ein Recht exiſtirt nur dadurch, daß es mit einem Subject, dem es zuſteht, ver-

---

b) Im Jahr 584 wurde galliſchen Geſandten vom Senat das Recht gegeben, je zehn Pferde in Italien zu kaufen und auszuführen, dieß wird ſo ausgedrückt: ut denorum equorum iis commercium esset, educendique ex Italia potestas fieret Liv. XLIII. 5. Von dem Recht der Mancipation war dabey nicht die Rede. S. auch L. 6 D. de captiv. (49, 15). Dagegen beſchreibt Ulpian (XIX. 5) nur ſcheinbar dieſes Commercium im weitern Sinn, wenn er ſagt: commercium est emendi vendendique invicem ius, denn er will damit ein Erforderniß der Mancipation, alſo das Commercium des Jus civile erläutern. Daß er dieß ſo allgemein und ohne Hinzufügung der Worte iure civili thut, entſchuldigt ſich durch den Zuſammenhang. Vorher ſteht: eosque peregrinos quibus commercium datum est. Hierin lag die Beſeitigung jedes Mißverſtändniſſes: das einem dem römiſchen Staat angehörigen Peregrinen beſonders verliehene Commercium kann ohnedieß nur das des Jus civile ſeyn, das des Jus Gentium haben dieſe Peregrinen ſchon als ſolche.

c) Ulpian. l. c.

knüpft iſt, daher läßt ſich die Entſtehung eines Rechts auch als Erwerb deſſelben durch eine Perſon ausdrücken. Eben ſo endigt ſich ein Recht, wenn jene Verknüpfung mit einem Subject aufhört, daher läßt ſich die Endigung auch als Verluſt des Rechts durch den Berechtigten bezeichnen.

Jede Entſtehung eines Rechts iſt Erwerb, jede Endigung Verluſt deſſelben durch die Perſon, in der es ſein Daſeyn hat. Aber es kann ein Recht erworben werden, welches bisher ſchon exiſtirte, indem es von dem bisher Berechtigten auf ein anderes Subject übergeht, und darin liegt zugleich auf der andern Seite, daß es verloren werden kann, ohne daß es ſchlechthin untergeht, indem es, wie es bey dem Verlierenden war, auf einen Andern kommt. Dieß führt auf folgende Claſſification der Erwerbungen, die ſich zugleich auf die Endigungen anwenden läßt:

1) Die Erwerbung iſt von dem bisher exiſtirenden Recht eines Andern unabhängig. Sie heißt in dieſem Fall urſprüngliche, originäre Erwerbung. Das erworbene Recht iſt hier ſtets ein neues, welches vor dem Erwerb durch den jetzigen Berechtigten noch nicht exiſtirte. So werden wir z. B. Eigenthümer, indem wir eine herrenloſe Sache uns zueignen, und dieſes unſer Eigenthum iſt ſo unabhängig von dem Recht eines Andern, daß es ſogar vorausſetzt, ein Anderer habe kein Recht an jener Sache gehabt. Ferner wenn jemand Gläubiger eines Andern wird, ſo geſchieht dieß ſo daß dieſe Forderung erſt in ſeiner Perſon zum Daſeyn kommt, ihre Entſtehung leitet ſich nicht aus dem bisherigen Recht einer anderen Perſon ab.

2) Der Erwerber leitet ſein Recht von dem Recht eines Andern ab, welches die Quelle von jenem iſt. Dieß heißt derivativer Erwerb. Er iſt in ſeiner Wirkung durch das Recht einer andern Perſon bedingt, die darum als Urheber, auctor, des Rechts des Erwerbers bezeichnet wird. Die rechtliche Stellung des Erwerbers kann in Folge eines derivativen Erwerbs nicht beſſer ſeyn, als die ſeines Auctors: non debeo melioris

conditionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit[a]). Dagegen kann das Recht des Erwerbers einen geringeren Umfang und Gehalt haben, als das des Auctors.

Bey dem derivativen Erwerb ſind zwey Fälle zu unterſcheiden:

a) Das Recht des Auctors ſelbſt geht auf den Erwerber über, dieſer tritt ein in die Stelle jenes, succedit in locum eius. Dieſe Erwerbung heißt Succeſſion; ſie ſetzt ein juriſtiſches Verhältniß zwiſchen dem früheren Berechtigten und dem jetzigen Erwerber voraus, vermöge deſſen das Recht von jenem auf dieſen übergeht, der bloße Wechſel des Berechtigten, der Umſtand allein, daß jemand ein Recht verliert, ein Anderer dieſes erwirbt, macht die Erwerbung nicht zur Succeſſion. Wenn ich z. B. Eigenthum dadurch erwerbe, daß ich den mit gewiſſen Eigenſchaften verſehenen Beſitz der Sache eine gewiſſe Zeit hindurch fortſetze, ſo hört damit der bisherige Eigenthümer auf, es zu ſeyn, es tritt ein Wechſel des Berechtigten ein, aber die Uſucapion iſt keine derivative, ſondern eine originäre Erwerbung: der Uebergang des Eigenthums von dem Einen auf den Andern geſchieht nicht vermöge einer juriſtiſchen Beziehung zwiſchen ihnen. Eben ſo, wenn ich mein Eigenthum an einer Sache ſchlechthin aufgebe, und dieſe dadurch herrenlos gewordene ſofort von einem Andern occupirt wird. Jenes Verhältniß zwiſchen dem Auctor und Succeſſor kann in dem übereinſtimmenden Willen beider beſtehen, vermöge deſſen das von jenem in dieſer Abſicht aufgegebene Recht von dieſem als ſolches erworben wird, aber auch ohne eine ſolche thätige Mitwirkung des Auctors oder des Erwerbers kann es durch rechtliche Vorſchrift hergeſtellt ſeyn, wie z. B. wenn eine Sache Mehreren gemeinſchaftlich gehört und der Richter ſie theilt, wodurch jeder ſein Miteigenthum an dem Theil, der dem Andern zugewieſen wird, verliert, und jeder in Beziehung auf den Antheil des Andern an dem ausſchließlich erworbenen

---

a) L. 175 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

Theil Succeſſor deſſelben iſt, ſo gut als wenn ſie durch Uebereinkunft getheilt, und einander die Theile mit Aufgeben ihres Antheils daran übertragen hätten. Es giebt aber eine doppelte Art von Succeſſion. Entweder ſuccedirt man in ein einzelnes Recht (oder mehrere einzelne Rechte) für ſich, Singularſucceſſion, oder in die Geſammtheit des Vermögens, wodurch zugleich die einzelnen Rechte übergehen, Univerſalſucceſſion. Jene bezeichnen die Römer als ein succedere in rem (in rei dominium), dieſe als ein succedere per universitatem, oder in universum ius, in universa bona [b]). Die Univerſalſucceſſion beruht auf einer Vereinigung der Perſönlichkeit des bisherigen Berechtigten mit der des Succeſſors, ſo daß jener in Beziehung auf den Gegenſtand der Succeſſion nicht, wie bey der Singularſucceſſion, dem Succeſſor fortan noch als eine fremde und ſelbſtſtändige Perſon gegenüberſteht. Daher wird der Ausdruck auctor faſt ausſchließlich von dem, in deſſen Stelle wir durch Singularſucceſſion eingetreten ſind, gebraucht [c]). Manche Rechte können nicht durch Succeſſion erworben werden, manche nicht durch Singular-, wohl aber durch Univerſalſucceſſion.

b) Ein Beſtandtheil von dem Recht des Auctors wird auf den Erwerber übertragen, der Erwerber hat nicht das Recht des Auctors, aber ein ſeiner Entſtehung nach davon abhängiges, ſein Erwerb iſt ein derivativer, aber keine Succeſſion. Einen ſolchen gewährt die Beſtellung von iura in re durch den Eigenthümer der Sache.

Faſſen wir nun die Endigung der Rechte ins Auge, die eine gänzliche oder eine theilweiſe ſeyn kann (im letzten Fall

---

b) L. 8 D. de iureiur. (12, 2) L. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. (21, 3) L. 24 §. 1 D. de damno inf. (39, 2) L. 1 §. 13 D. quod legat. (43, 3) u. a.

c) In einer Conſtitution Diocletian's aus dem hermogenianiſchen Codex (Tit. de successionibus) kommt er auch für den Erblaſſer vor Consult. vet. ICti 6.

können wir ſie auch als Beſchränkung der Rechte bezeichnen), ſo geſchieht ſie entweder ſo daß eine andere Perſon dadurch gewinnt, oder ohne daß dieſer Erfolg, wenigſtens in rechtlicher Geſtaltung, eintritt. Das Letztere iſt der Fall wenn der Gegenſtand des Rechts z. B. die Sache, die in unſerem Eigenthum war, untergeht, ferner wenn wir das Eigenthum ſo verlieren, daß die Sache herrenlos wird[d]). Ein Verluſt der erſten Art tritt ſtets ein in den Fällen des derivativen Erwerbs, er kann ferner auch einen originären Erwerb begleiten, z. B. die Uſucapion, endlich aber kann jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern (ganz oder theilweiſe) verlieren, ohne daß dieſer ein Recht dadurch erwirbt, indem der Vortheil, den er erhält, nicht die Geſtalt eines neuen und beſonderen Rechts annimmt. Dahin gehört der Verluſt eines ius in re aliena, wodurch für den Eigenthümer eine Beſchränkung ſeines Eigenthums wegfällt, ferner der Verluſt einer Forderung, wodurch der Schuldner befreit, ein Minus aus ſeinem Vermögen entfernt wird, ebenſo der Verluſt einer Klage z. B. durch Verjährung.

Die Thatſachen, mit welchen das Recht die Wirkung der Entſtehung oder Endigung der Rechte verknüpft, heißen Entſtehungs- und Endigungsarten der Rechte. Sie ſind verſchieden bey den verſchiedenen Rechten. Im allgemeinen beſtehen ſie theils in Handlungen, die entweder in dieſer Abſicht vorgenommen ſind oder unwillführlich dieſe Folge haben, theils in andern von dem Willen unabhängigen Ereigniſſen. Es iſt möglich, daß beides ſich verbinden muß, um eine Entſtehungs- oder Endigungsart zu bilden, zuweilen aber beſteht dieſelbe

---

d) Natürlich betrachtet ließe ſich ſagen, Andere gewinnen dadurch, nämlich in dem zweiten Beiſpiel die Möglichkeit, ſich die Sache zuzueignen, im erſten durch etwanige Preiserhöhung ihres Eigenthums (z. B. bey Zerſtörung von Waarenvorräthen), aber dieſem Gewinn fehlt eben die rechtliche Geſtaltung.

bloß aus einer Handlung, oder bloß aus einem ſonſtigen Ereigniß.

Bey der Aufhebung der Rechte iſt eine doppelte Art der Wirkſamkeit, die einem Endigungsgrund zukommen kann, zu unterſcheiden. Der einfachſte Fall iſt der, daß mit dem Eintritt des Grundes die Exiſtenz des Rechts ſchlechthin aufhört, wie es z. B. mit dem Eigenthum geſchieht, wenn ein Anderer die Sache uſucapirt hat. Das Recht wird hier ipso iure aufgehoben. Es giebt aber Gründe der Aufhebung, welchen dieſe unmittelbare Wirkung nicht zukommt, deren Eintritt das Recht nicht vernichtet, aber ihm ſeine Wirkſamkeit entzieht, und dadurch denſelben thatſächlichen Erfolg wie dort herbeiführt. Dieſe Aufhebung geſtaltet ſich verſchieden bey den verſchiedenen Rechten und unter verſchiedenen Umſtänden, vornehmlich wichtig iſt ſie bey den Obligationen, wo näher darauf eingegangen werden wird. Im allgemeinen läßt ſie ſich ſo bezeichnen: es entſteht das Recht eines Andern, welches zwar nicht die Exiſtenz des erſten Rechts direct ausſchließt (wie dieß in dem angeführten Beiſpiel der Uſucapion der Fall iſt), aber es unwirkſam z. B. dem Gläubiger die Ausübung ſeiner Forderung (obwohl ſie ipso iure noch beſteht) gänzlich unmöglich macht.

Zwey Thatſachen ſind für die Veränderung in den Rechten (theils in Verbindung mit andern Umſtänden, theils für ſich) von beſonderer Wichtigkeit: Zeit und Rechtsgeſchäfte. Davon ſoll in den folgenden Abſchnitten weiter gehandelt werden.

β. Einfluß der Zeit[a]).

CXCIX. In doppelter Art hat die Zeit einen Einfluß im Recht: eine rechtliche Bedeutung iſt theils gewiſſen Zeitabſchnitten für ſich, theils Zeiträumen, d. h. Summen von ge-

---

a) Die vollſtändigſte Darſtellung dieſer Lehre enthält Savigny's Syſtem des heut. R. R. B. IV §. 177—201, (die neuſte: Bachofen zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit (1842), Zeitſchr. für Civilrecht und Civilproceß XVIII. 2. II. R.)

wiſſen Zeitabſchnitten beigelegt. Das erſte iſt der Fall, wenn für rechtliche Handlungen gewiſſe Tage oder Stunden beſtimmt ſind, entweder als Theil der Form, die zu beobachten iſt, oder als Bedingung ihrer Zuſtändigkeit. Beides kommt inſonderheit bey gerichtlichen Handlungen vor, und iſt im Proceß erwähnt worden (§. 158. 183. 187). Das zweite tritt überall ein, wo im Recht irgend etwas davon abhängig gemacht wird, daß im Lauf eines gewiſſen Zeitraums etwas geſchehen oder nicht geſchehen iſt. Die wichtigſten Fälle, die dahin gehören, beſtehen darin, daß durch die einen gewiſſen Zeitraum erfüllende Dauer eines Zuſtands ein Recht erworben oder verloren wird.

Der Erwerbung von Rechten durch den Ablauf einer gewiſſen Zeit, innerhalb deren ſie ausgeübt worden ſind, liegt folgender Gedanke zu Grunde. Je älter ein Recht iſt, deſto ſchwieriger wird der Beweis ſeiner rechtmäßigen Entſtehung. Dieß führt, da ein Recht nicht durch ſeine Dauer unſicher werden darf, darauf, das Alter ſeiner Ausübung ſelbſt als eine Erwerbsart gelten zu laſſen. Wenn aber dieſer Grund vorzüglich bey längeren Zeiträumen eintritt, ſo fehlt es auch nicht an einer Veranlaſſung, kürzere mit derſelben Wirkung zu bekleiden. Dieſe Veranlaſſung wird bey ſolchen Rechten eintreten, deren Erwerbung an complicirte Vorausſetzungen geknüpft iſt, welche nicht immer beobachtet, oder wenn dieſes, nicht leicht bewieſen werden können (z. B. die Erwerbung des Eigenthums durch Succeſſion, welche das Eigenthum des Auctors vorausſetzt), wo alſo die Ausübung eine gewiſſe Zeit hindurch als bekräftigende Ergänzung des entweder an ſich oder in Beziehung auf die Nachweisbarkeit unvollkommenen Erwerbs hinzukommt. Auch kann es vielleicht zweckmäßig erſcheinen einen gewiſſermaßen proviſoriſchen Zuſtand dem definitiven Recht vorausgehen, und daher dieſes erſt nach einer gewiſſen Zeit, gleichſam einer Probezeit, eintreten zu laſſen [b]).

b) So gebührte es ſich nach dem ſittlichen Gefühl der älteſten

Umgekehrt wird bey manchen Rechten angenommen, ſie ſeien verloren, wenn ſie eine gewiſſe Zeit hindurch nicht ausgeübt worden ſind. Dieſer Vorſchrift kann wie dort die Abſicht zu Grunde liegen, der Wirkung eines wirklichen Verluſtes, deſſen Beweis nur durch die Länge der Zeit ſchwierig oder unmöglich geworden ſeyn kann, zu Hülfe zu kommen, der Zweck kann aber auch der ſeyn, den Zuſtand der Erwartung, ob jemand von einem ihm zukommenden Recht Gebrauch machen will oder nicht, abzukürzen, und darum ihm das Recht mit jener Beſchränkung, daß er es innerhalb eines gewiſſen Zeitraums ausüben muß, zuzuerkennen.

Man hat alle dieſe ſehr verſchiedenartigen Veränderungen in Rechten durch Zeitablauf unter dem gemeinſamen Begriff der Verjährung (Präſcription) zuſammengefaßt, die man in die erwerbende oder Acquiſitiv- und die erlöſchende oder Extinctiv-Verjährung eingetheilt hat, je nachdem ihr Reſultat die Entſtehung oder die Endigung eines Rechts iſt. Dieſer allgemeine Begriff iſt kein römiſcher, und er iſt auch nutzlos, da es, abgeſehen von der Berechnung der Zeit, keine allgemeine Theorie für alle die höchſt verſchiedenen Inſtitute giebt, welche unter dieſen Namen der Verjährung fallen (Klagverjährung, Erſitzung, non usus u. ſ. f.) und die in der Folge, jedes an ſeinem Ort, erwähnt werden ſollen.

Als Hülfe für die Anwendung der Zeitbeſtimmungen, die das Recht enthält, dient der Kalender. Dieſer verzeichnet die Zeitabſchnitte, nämlich das Jahr und ſeine Eintheilung in

Römer, daß die Frau in der Manus des Mannes ſey. Wenn daher dieſe Gewalt auch nicht durch den Act der Confarreation oder der Coemtion conſtituirt worden war, ſo ſollte doch ſchon die Ehe ſelbſt zur Manus führen. Aber man fand es bedenklich, dieſe letztere ſofort mit der Eingehung der Ehe (ohne Confarreation) ſtillſchweigend eintreten zu laſſen, daher galt als Recht: erſt wenn die Frau ein Jahr im Hauſe des Mannes iſt, enſteht nun ſtillſchweigend jene Gewalt, durch die ihr ganzes Vermögen auf den Mann übergeht, und ſie in die Stellung einer Tochter zu ihm kommt.

Monate und Tage. Bey den Römern haben theils neben, theils nach einander drey verſchiedene Kalender beſtanden [c]). Der vor Julius Cäſar geltende wurde dem Numa zugeſchrieben, er theilte das Jahr in 12 Monate und 355 Tage, und ſchaltete ein Jahr um das andere bald 22 bald 23 Tage hinter dem 23 Februar (Feſt der Terminalien) ein; dieſe eingeſchalteten Tage wurden mit den folgenden fünf letzten Tagen des Februar zu einem mensis intercalaris vereinigt, welcher Mercedonius hieß. Dieſe Einſchaltung vermehrt die Kalenderzeiten nicht, auch das Schaltjahr hatte kalendermäßig 355 Tage, indem die eingeſchalteten Tage nur als ein Anhang des 23 Februars betrachtet wurden [d]). Eine andere Bildung und Eintheilung des Jahrs wurde auf Romulus zurückgeführt, dieſes romuliſche Jahr beſtand aus 10 Monaten und 304 Tagen. Es entfernte ſich noch weiter von dem aſtronomiſchen als das numaiſche, ſeine Anwendung im gewöhnlichen Leben würde noch bedeutendere Einſchaltungen als dieſes erheiſcht haben, für dieſe Ausgleichung aber ſey, bemerken die Alten, keine feſte Vorſchrift gemacht, man habe ſie unregelmäßig nach Bedürfniß, wenn die Abweichung ſo ſtark geworden, daß die Wintermonate in den Sommer und umgekehrt fielen, vorgenommen [e]). Wahrſcheinlich beſtanden beide Kalender in alter Zeit neben einander in gleichmäßiger Anwendung auf verſchiedene Fälle (ſ. unten), ſo daß bey dem romuliſchen Jahr nur deswegen nicht für die Ausgleichung mit dem aſtronomiſchen geſorgt war, weil man ihrer für die Zwecke, zu denen es diente, nicht bedurfte. Den numaiſchen Kalender, deſſen Jahr durch Nachläſſigkeit und Willkühr der mit der Ordnung und Einſchaltung Beauftragten in Verwirrung gekommen war [f]),

---

c) Censorin. de die nat. 20. Macrob. saturn. I. 12—14.

d) L. 98 §. 1 D. de V. S. (50, 16).

e) Macrob. I. 12 a. E.

f) Censorin. 20: — sed horum plerique ob odium vel gratiam, quo quis magistratu citius abiret diutiusve fungeretur, aut publici

änderte Julius Cäſar, indem er, um die Ordnung herzuſtellen, das Jahr 708 (annus confusionis ultimus) auf 15 Monate und 445 Tage ſetzte, von 709 an ein Jahr von 12 Monaten und 365 Tagen einführte, und da nach der damals geltenden Lehre das aſtronomiſche Jahr einen Viertelstag mehr zählte, alle vier Jahre einen Tag an demſelben Ort, wo früher der Monat eingeſchaltet wurde, hinzuzufügen gebot. Dieſer Interkalartag, der 24 Februar des Schaltjahrs, macht aber mit dem 24 Februar (sextus ante cal. mart.) des gemeinen Jahrs nur Einen Tag, welcher bisextum heißt (ſeine erſte Hälfte — die eingeſchaltete — posterior dies, die zweite — der ſonſtige sextus — prior dies, eine Bezeichnung, die ſich aus dem Rückwärtszählen der Tage von den folgenden Kalenden erklärt), ſo daß auch das Schaltjahr 365 Tage hat, nur darunter einen verdoppelten von 48 Stunden. Die eingeſchaltete Zeit kommt gar nicht als Zeit in Anſchlag: biduum pro uno die habetur[g]).

Die Zeitabſchnitte, wie ſie der Kalender enthält, werden bürgerliche genannt, das Jahr heißt annus civilis im Gegenſatz zu dem annus naturalis, dem aſtronomiſchen Jahre[h]), der Monat mensis civilis im Gegenſatz zu dem auf Sonnenlauf oder Mondswechſel beruhenden naturalis[i]), endlich der Tag dies civilis im Gegenſatz gegen den dies naturalis, der von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang reicht, und dem die Nacht gegenüberſteht. Anfang und Ende des dies civilis dagegen iſt Mitternacht (sexta hora noctis)[k]).

Der Kalender dient nun

1) dazu, die oben angegebene erſte Art von rechtlichen

---

redemptor ex anni magnitudine in lucro damnove esset, plus minusve ex libidine intercalando rem sibi ad corrigendum mandatam ultro depravarunt.

g) L. 98 pr. D. de V. S. (50, 16).

h) Censorin. 20. *i*) Censorin. 22.

k) Censorin. 23. L. 8 D. de feriis (2. 12).

Zeitbeſtimmungen in Anwendung zu bringen. Er gab namentlich Aufſchluß über die Beſchaffenheit der Tage, wonach gewiſſe rechtliche Handlungen an ihnen ſtattfanden oder nicht, welche Tage alſo fasti, nefasti, comitiales waren. — Für dieſen Gebrauch war wohl gleich von Anfang der von Numa genannte Kalender beſtimmt.

2) Auch für die Berechnung von Zeiträumen gab der Kalender den einzigen ſicheren Anhaltpunkt. Mit dem Ablauf einer gewiſſen Zeit eine rechtliche Wirkung verbinden heißt ſo viel als eine gewiſſe Quantität gewiſſer Zeitabſchnitte feſtſetzen, deren Erfüllung jene Folge haben ſoll. Das Natürlichſte iſt nun, einen Zeitraum nach ſolchen Zeitabſchnitten zu beſtimmen, die der Kalender enthält, und zwar nach den einander gleichen, alſo Jahren und Tagen[1]); dadurch wird uns eben der große Vortheil verſchafft, die Abſchnitte nach dem Kalender zu zählen, den Zeitraum nach dieſem zu berechnen, alſo nach einem ſichern und einfachen Maß, während die Zählung anderer Zeitabſchnitte: Stunden, Minuten ꝛc. Anſtalten vorausſetzt, deren Herſtellung und Gebrauch in den meiſten Fällen, wenn ſie auch in der erforderlichen Art gelängen, einen mit dem Zweck in keinem Verhältniß ſtehenden Aufwand von Mitteln fordern würde. — Der Kalender, welcher für die Berechnung eines Zeitraums diente, war wahrſcheinlich anfangs der ſ. g. romuliſche, es hat ſich davon eine einzelne Anwendung in dem zehnmonatlichen Trauerjahr der Wittwe noch bis auf ſpätere Zeiten erhalten; nachher wurde dieſe

1) Als es aufkam, auch nach Monaten einen Zeitraum auszudrücken, wurde es eben darum Bedürfniß, dieſe an ſich ungleichen Abſchnitte zu jenem Behuf in gleiche zu verwandeln. Daher wurde der Grundſatz aufgeſtellt: jeder ſolche zur Bezeichnung eines Zeitraums gebrauchte Monat iſt als eine Zeit von 30 Tagen zu nehmen, zwey Monate alſo gleich 60 Tagen L. 11 §. 6 L. 29 §. 5 D. ad L. iul. de adulter. (48, 5), drey Monate gleich 90 Tagen L. 22 §. 2. 11 C. de iure delib. (6, 30) u. ſ. f.

Verſchiedenheit unbequem gefunden, und man wandte (ohne Zweifel ſchon ziemlich früh) den numaiſchen auch auf dieſe zweite Art von Zeitbeſtimmungen an.

Bey der Berechnung eines Zeitraums kommt es nun auf folgende Punkte an. Wenn eine nach Jahren (Monaten) und Tagen gemachte Zeitbeſtimmung auf einen vorliegenden Fall angewendet, alſo entſchieden werden ſoll, ob die Dauer eines gewiſſen Zuſtandes jener feſtgeſetzten Zeit gleichkommt, ſo iſt

a) ſein Anfang zu beſtimmen, alſo der Zeitabſchnitt, in welchem er begonnen hat. Soll nun dieß lediglich nach dem Kalender geſchehen, ſo iſt die möglich genauſte Beſtimmung die des Tags, der Zeit von Mitternacht zu Mitternacht, denn dieß iſt der kleinſte Zeitabſchnitt, den der Kalender aufweiſt. In welche Stunde der Anfangspunkt fällt, darauf kommt nichts an, der ganze Tag wird wie ein Moment behandelt, ein Zuſtand der in der erſten Stunde des Tags anfängt, hat hier für uns keine längere Dauer als der in der letzten Stunde begonnene[m]).

b) Von dieſem Anfang an hat man nun nach dem Kalender ſo viele Jahre und Tage zu zählen, als der vorgeſchriebene Zeitraum enthält, und darnach zu bemeſſen, ob dieſer in dem vorliegenden Fall ſchon abgelaufen iſt. Es kommt mit andern Worten darauf an, den letzten Tag zu beſtimmen, mit dem in dem vorliegenden Fall das Recht erworben oder verloren iſt. Auch hier iſt alſo nur von dem letzten Tag, nicht von einer letzten Stunde u. ſ. f. die Rede. Ein von irgend einem Tag an zu berechnendes Jahr endigt ſich daher mit dem 365ſten Tag (nicht mit der 8760ſten Stunde), ein Monat mit dem 30ſten Tag (nicht mit der 720ſten Stunde)[n]).

---

m) Eben ſo wie, wenn nach Minuten gerechnet wird, es gleichgültig iſt, in welcher Secunde einer Minute der Zuſtand begonnen hat.

n) Zum Verſtändniß der Quellen iſt zu bemerken, daß die Römer bey der Anwendung der Ordinalzahlen, ſo daher namentlich bey der Be-

Für dieſe Rechnung nach Kalenderzeiten, wobey alſo der Tag als der kleinſte zu berückſichtigende Zeitabſchnitt gilt, gebrauchen die Römer den Ausdruck civiliter numerare oder computare, was ſie ſelbſt durch ad dies numerare, und totum postremum diem (den Tag als ein untheilbares Ganzes) computare, und durch den Gegenſatz a momento ad momentum oder ad momenta temporum (mit Berückſichtigung kleinerer Zeitabſchnitte) computare erklären. Jede andere Berechnung (z. B. eben die ad momenta temporum) iſt eine nicht civile[o]), andrerſeits aber enthält der Begriff der Civilcomputation auch nichts weiter als jenes, Civilcomputation iſt die Berechnung nach ganzen Tagen (nicht nach kleineren Zeittheilen)[p]).

Innerhalb der Civilcomputation ſelbſt findet ſich ein Unterſchied, der die Beſtimmung des Anfangs und des Endes betrifft. Er ſoll ſogleich durch ein Beiſpiel anſchaulich gemacht werden. Wenn ein Zuſtand, damit eine gewiſſe Wirkung eintrete, ein Jahr, alſo 365 Tage gedauert haben ſoll, ſo kann bey der Berechnung dieſes Zeitraums als der erſte Tag der, an welchem das den Zuſtand erzeugende Ereigniß eingetreten iſt, genommen werden, aber auch der folgende[q]). Ferner kann

---

zeichnung des letzten Tags eines Zeitraums, einen doppelten Sprachgebrauch befolgen, indem ſie theils den Zeitabſchnitt, von dem die Zählung ausgeht, theils erſt den folgenden als den erſten zählen. Den Satz z. B. daß alle vier Jahre eingeſchaltet wird, drücken ſie bald mit quinto quoque anno bald mit quarto quoque anno aus. Vgl. Savigny Syſtem des heut. R. R. IV Beil. XI. Die erſte Redeweiſe iſt, wenigſtens bey einem ſich wiederholenden Zeitraum wie in dem gegebenen Beiſpiel, als die üblichere und regelmäßige zu betrachten, daher die Abweichung davon, die Einzelne ſich erlaubten, bey den Römern ſelbſt Mißverſtändniſſe veranlaßte Macrob. saturn. I. 14.

o) Man pflegt dieſen Gegenſatz mit naturaliter computare auszudrücken, ein Ausdruck, der vollkommen richtig gebildet iſt, und ſicher nur zufällig in unſeren Quellen ſich nicht vorfindet.

p) L. 6 D. de usurp. (41, 3) L. 134 D. de V. S. (50, 16).

q) Es iſt hier von der Berechnung ſelbſt, nicht von der Verſchiedenheit bloß des Ausdrucks (Note n) die Rede.

der Zeitraum für beendigt erklärt werden entweder ſchon, wenn der 365ſte Tag erreicht, oder erſt, wenn er zurückgelegt iſt[r]). Dieſer Unterſchied iſt unmerklich, wo nach ſehr kleinen Zeittheilen gerechnet wird, die wir in einem Moment erreichen und überſchreiten, wichtig wird er für die Berechnung nach ganzen Tagen, weil hier eine Differenz von beinahe 24 Stunden dadurch entſteht. Die römiſchen Juriſten befolgen dabey folgende Regeln:

Wenn durch eine gewiſſe Dauer eines Zuſtandes ein Recht erworben werden ſoll, ſo das Eigenthum durch fortgeſetzten Beſitz (Uſucapion), das Recht zu teſtiren, zu manumittiren ꝛc. durch ein gewiſſes Alter, ſo wird der Tag des Beſitzerwerbs, der Geburt als der erſte gerechnet, und der letzte Tag braucht nur erreicht, alſo die Mitternacht, die ihm vorhergeht, nur überſchritten zu ſeyn, um das Recht erworben zu haben[s]). Wie aber dieſer dies novissimus oder postremus oder extremus zu finden ſey, darüber wird geſtritten. Nach dem Bisherigen kann kein Zweifel ſeyn: es iſt der letzte von der Summe von Tagen, aus denen der Zeitraum beſteht, bey einem Jahr alſo der 365ſte. Wenn daher die Uſucapion am 1 Januar begonnen hat, der Menſch an dieſem Tag geboren iſt, ſo iſt das Eigenthum erworben, das fragliche Alter erreicht am 31 December, und zwar incipiente die, daher ſowie die Mitter-

---

r) Dieſe Verſchiedenheit wird in L. 5 D. qui test. fac. poss. (28, 1) mit complere und excedere des Zeitraums ausgedrückt.

s) Uſucapion: L. 6. 7 D. de usurp. (41, 3) L. 15 pr. D. de divers. temp. praescr. (44, 3). Teſtamentsmündigkeit: L. 5 D. qui test. fac. p. (28, 1). Manumiſſionsfähigkeit: L. 1 D. de manum. (40, 1). Erwerbung der Civität durch ein einjähriges Kind: L. 132 pr. 134 D. de V. S. (50, 16). — Man hat dieſe Berechnungsweiſe mit den Worten: dies ultimus coeptus habetur pro completo ausgedrückt, und darin fälſchlich das Kennzeichen der Civilcomputation geſucht, während ſie in der That nur eine einzelne, beſonders geſtaltete Anwendung derſelben iſt.

nacht zwiſchen dem 30 und 31 vorüber iſt[t]). Savigny will den letzten Tag durch eine Anwendung der Naturalcomputation finden, er beſtimmt ihn als den, worein der Endpunkt fiele, wenn ad momenta temporum gerechnet würde, ſo daß alſo in unſerm Beiſpiel der Erwerb erſt einträte am Anfang des 1 Januars[u]).

Wenn durch den Ablauf der Zeit ein Recht verloren werden ſoll, ſo eine Klage durch Verſäumniß ihrer Anſtellung eine gewiſſe Zeit hindurch (Klagverjährung), die prätoriſche Erbfolge durch Verſäumniß der für ihre Erlangung geſetzten Friſt, ſo muß der letzte Tag ganz abgelaufen ſeyn, wenn das Recht verloren ſeyn ſoll, wer jene Handlung am letzten Tag noch vornimmt, hat das Recht nicht verſäumt[v]). Dieß iſt der durchgängige und unzweifelhafte Unterſchied dieſes Falls von dem vorigen des Erwerbs. Zweifelhaft iſt, ob auch in Beziehung auf die Beſtimmung des Anfangstags ein Unterſchied

---

t) Dieß wird beſtätigt durch L. 132 u. 134 D. de V. S. (50, 16), wo (bey dem anniculus) zuerſt der Ausdruck extremus anni dies und dann trecentesimus sexagesimus quintus gebraucht wird; außer allen Zweifel aber ſetzt es L. 5 D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse (ſ. Note r)? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum *ipso natali suo* fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror*, etiamsi *pridie calendarum* fecerit post sextam horam noctis (d. h. in irgend einem Theil des 31 Decembers, auch gleich am Anfang), valere testamentum: iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

u) Sein Hauptgrund iſt die allzugroße Abweichung jenes Reſultats von dem der mathematiſchen Berechnung, das heißt, er ſtellt ſich auf den Standpunkt dieſer, was eben unzuläßig ſcheint.

v) L. 6 D. de O. et A. (44, 7) L. 30 §. 1 D. ad L. iul. de adult. (48, 5) L. 101 D. de R. I. (50, 17) L. 1 §. 9 D. de success. ed. (38, 9).

ſtattfand. Wenn man die Sache ſo auffaßte: ſo und ſo viel Tage des Verſäumniſſes bringen uns z. B. um die Klage, ſo war es nicht unnatürlich zu ſagen: nicht der Tag, wo die Klage entſtanden iſt, ſondern erſt der folgende iſt der erſte des Verſäumniſſes. Nach den einzelnen Entſcheidungen in unſern Quellen aber iſt anzunehmen, daß die Römer darüber nicht, wie dort, eine gleichmäßige Regel befolgten [w]).

Die Verſchiedenheit der civilen Berechnung bey Erwerb und Verluſt, die jetzt dargeſtellt worden iſt, hat einen innern Grund. Wenn jemand an ſo und ſo viel Tagen beſeſſen oder gelebt haben ſoll, ſo hat er am letzten Tag beſeſſen oder gelebt, wenn er nur den Anfang deſſelben erreicht hat, daß er hingegen auch am letzten Tag eine Handlung verſäumt habe, können wir erſt ſagen, wenn dieſer ganz abgelaufen iſt. Nun konnte es aber bey manchen Verhältniſſen zweifelhaft ſcheinen, ob ſie zu den Fällen der erſten oder der zweiten Art zu rechnen ſeien. Die römiſchen Juriſten bedienen ſich bey der Entſcheidung dieſer Frage nicht ſelten äußerer Gründe, die von den Worten des geſchriebenen Rechtsſatzes hergenommen ſind [x]).

---

w) L. 101 D. de R. I. (50, 17) ſpricht von einem Geſetz, welches eine Friſt von zwey Monaten (60 Tagen) für die Ausübung eines Rechts feſtſetzt, hier ſey verordnet, daß auch der noch zugelaſſen werden ſolle, der am 61ſten komme. Der Juriſt bedient ſich den Ausdruck anlangend der gewöhnlichen Zählung mit Einſchluß des Tags, in den das Ereigniß fällt, in der Sache aber rechnet er dieſen nicht bey den 60 Tagen mit. Dagegen wird bey der Appellationsfriſt von 2 oder 3 Tagen der Tag der Sentenz mitgerechnet L. 1 §. 5. 12 D. quando appell. (49, 4), und ebenſo ſcheint es bey der Anklage wegen Ehebruchs, und bey der prätoriſchen Erbfolge geweſen zu ſeyn (ſ. die Note v cit. St.).

x) So wird, daß bey dem Manumiſſionsalter ſchon der Anfang des letzten Tages hinreiche, dadurch begründet, daß das Geſetz nicht dem maior xx annis die Manumiſſion erlaube, ſondern dem minor ſie verbiete, deshalb ſey keine Ueberſchreitung (Note r) des Alters von zwanzig Jahren erforderlich L. 1 D. de manum. (40, 1). Ferner bey dem prätoriſchen Erbrecht heiße es im Edict, es müſſe intra centum

Ein merkwürdiger Fall, der eine verſchiedene Entſcheidung zu-ließ, war die Entſtehung der Manus durch einjähriges Ver-bleiben der Frau im Hauſe des Manns (usu). Faßt man ihn unter den Geſichtspunkt einer Erwerbung, wie die Uſucapion, ſo iſt wenn die Frau am 1 Januar ins Haus des Mannes übergieng, die Manus über ſie entſtanden am Anfang des fol-genden 31 Decembers, und die Möglichkeit durch eine Abwe-ſenheit per trinoctium die Entſtehung zu verhüten, fällt nach dem 27 December weg, denn eine Frau die erſt am 28 jene Unterbrechung des Uſus beginnt, iſt bey Vollendung des Jah-res nur 2½ Nacht abweſend geweſen. Anders entſcheidet aber Q. Mucius Scävola die Sache[y]): erſt nach dem 28 Decem-ber (um bey dieſer uns geläufigen Bezeichnung zu bleiben) falle die Möglichkeit der Unterbrechung weg, die Entfernung am 29 nütze nichts mehr: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex calendis. Daraus ergiebt ſich, daß der Juriſt von der Anſicht ausgieng, der letzte Tag (nach dem damals geltenden Kalender der 355ſte) müſſe ganz abgelaufen ſeyn, damit die Manus entſtehe[z]). Dieß hat nichts auffallendes, es iſt vielmehr eine nicht unin-tereſſante Beſtätigung anderer Nachrichten über die Geſchichte der Manus. Daß die Frau in der Manus des Mannes ſey, erſchien den älteſten Römern als das Naturgemäße. Das

---

dies, intra annum erworben werden, der letzte Tag ſey aber auch noch intra tempus L. 1 §. 9 D. de succ. ed. (38, 9). Gegen eine ihnen deferirte Vormundſchaft entſchuldigt werden maiores LXX annis, daher excessisse oportet LXX annos L. 2 pr. D. de excus. (27, 1).

y) Gell. III. 2, Macrob. Sat. I. 3. Vorausgeſetzt freilich, daß Gellius (welchem Macrobius folgt) genau mitgetheilt hat, was er „ge-leſen hatte, daß Mucius zu ſagen pflegte“, und daß ſein Autor richtig gehört hat. Gellius kam es bey ſeinem Citat nur auf einen Beleg dafür an, daß der Tag von Mitternacht zu Mitternacht reiche.

z) Bloß dieſes folgt daraus, nicht, wie Savigny annimmt, die Richtigkeit ſeiner, oben beſprochenen Meinung.

hatte ſich zur Zeit des Mucius ſehr verändert, es war eine Reaction dagegen entſtanden, die ſich zuletzt mit der völligen Aufhebung der ſtillſchweigenden Entſtehung durch Uſus endigte[aa]). Damit ſtimmt es ſehr wohl überein, daß die Rechtskundigen ſchon vorher den Uſus nicht begünſtigten, und ihn mehr aus dem Geſichtspunkt des Verluſtes der Selbſtſtändigkeit, als eines Erwerbs beurtheilten.

In einem Fall wird eine Berechnung a momento ad momentum angewendet, obwohl nicht rein, ſondern ebenfalls mit Zuziehung des Kalenders. Die Minderjährigkeit beſchließt ſich nach der Civilcomputation am Tag vor dem zum fünf und zwanzigſten Mal wiederkehrenden Geburtstag; ſofern dadurch das Recht der In integrum Reſtitutio verloren wird, müßten wir ſagen: mit dem Ablauf (nicht mit dem Anfang) jenes Tags; am ſechs und zwanzigſten Geburtstag hat man das Alter von fünf und zwanzig Jahren überſchritten, er iſt der erſte der Volljährigkeit. Nun iſt aber feſtgeſetzt, wenn jemand an dieſem ſeinem Geburtstag, nur noch vor der Stunde ſeiner Geburt, ein ihm nachtheiliges Geſchäft geſchloſſen hat, ſo ſoll es in Beziehung auf jenes Recht ſo behandelt werden, als ob er noch minor geweſen wäre[bb]). Dieſe Abweichung von der Regel beruht offenbar auf einer Begünſtigung der Minderjährigen, die der Art, wie das Recht ſie überhaupt behandelt, vollkommen entſprechend iſt[cc]).

CC. Man kann einen Zeitraum noch mehr als es bey der bisher dargeſtellten Berechnung der Fall iſt, mit dem Ka-

---

aa) Gai. I. 111.

bb) L. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4).

cc) Nach der ſavigny'ſchen Anſicht würde ſie vielmehr unerklärlicher Weiſe zum Nachtheil dieſer Perſonen eingeführt ſeyn, denn ihr zu Folge würde, civiliter computirt, das Recht erſt am Ende des Geburtstags verloren gehen.

lender identificiren, und dadurch die Berechnung ganz unnöthig machen, indem man nämlich den Schlußtag gleich von vorn herein beſtimmt feſtſetzt, z. B. indem ſtatt die Dauer eines Amts auf ein Jahr feſtzuſetzen, erklärt wird, es endige ſich ſtets mit dem 31 December[a]). Dieß iſt offenbar eine ſehr zweckmäßige Methode, wodurch die zweite Art der Zeitbeſtimmungen (die Zeiträume) der erſten (der Aufſtellung von Zeitabſchnitten) gleichgemacht wird. Aber dieſe Vereinfachung der Sache iſt unthunlich, wo es ſich um die Dauer eines zu den verſchiedenſten Zeiten eintretenden Zuſtands handelt, wie eines Lebens, eines Beſitzes, eines Klagerechts u. ſ. f.[b]).

Zuweilen iſt jedoch die Berechnung eines Zeitraums umgekehrt erſchwert, durch beſondere Modificationen, die vermöge rechtlicher Vorſchrift dabey eintreten können. Das Regelmäßige iſt, daß wenn das Ereigniß, welches den Anfang des Zeitraums bildet, eingetreten iſt, ununterbrochen alle Tage, wie ſie der Kalender giebt, gezählt werden, ſo daß alſo alle Abſchnitte, aus denen der Zeitraum beſteht, an einander hängen. Ein ſolcher Zeitraum heißt continuum tempus. Dieſe Regel hat keine Ausnahme bey den Zeiträumen, durch deren Ablauf ein Recht erworben werden ſoll. Sie gilt auch für die, welche für den Verluſt eines Rechts durch Verſäumniß (z. B. Klagverjährung) feſtgeſetzt ſind, hier indeſſen kommen Ausnahmen vor: es iſt zuweilen beſtimmt, daß bey der Berechnung gewiſſe Tage überſprungen werden ſollen, ſo daß dadurch der Zeitraum eine viel größere Ausdehnung erhalten, eine Zeit

---

a) So pflegten die Römer Zinsgeſchäfte an den Kalenden des Monats abzuſchließen, und damit dieſen Tag zugleich zum Zahltag zu machen.

b) Unmöglich wäre ſie auch hier nicht, es ließe ſich z. B. die Verjährung einer Klage ſo beſtimmen: die Klage, die in irgend einem Theil des Jahrs entſtanden iſt, geht verloren, wenn ſie nicht bis zum Ablauf des 31 December des nächſten Jahrs angeſtellt wird. In den meiſten Fällen aber würde dieß unpaſſend ſeyn.

z. B. von 100 Tagen zu einem Jahr anwachſen kann, wenn nämlich in dieſem ganzen Jahr 265 Tage vorkamen, die zu überſpringen waren. Ein ſolcher Zeitraum, der in der Wirklichkeit über ſeinen nominellen Betrag ſich erweitern kann, heißt utile tempus, die Tage, aus denen er beſteht, utiles dies. Dieſe Beſtimmung iſt ſtets die Ausnahme, und ſie kommt nur vor, wo folgende Vorausſetzungen zuſammentreffen: 1) ein Recht durch Unterlaſſung einer Handlung verloren gehen ſoll, an deren Vornahme jemand ohne ſeine Schuld an gewiſſen Tagen gehindert ſeyn kann, 2) die Handlung vor Gericht vorgenommen werden ſoll, wodurch die Möglichkeit einer Hinderung um ſo näher liegt, da ſie auch in dem Gericht begründet ſeyn kann, 3) die Zeit eine kurze iſt, da bey einer längeren eben ſchon durch dieſe Länge ſelbſt auf die Möglichkeit von Hinderniſſen Bedacht genommen iſt, die bey kürzeren durch jene eigenthümliche Berechnung unſchädlich gemacht werden ſollen; das utile tempus kommt nur bey Zeiträumen vor, die nicht über ein Jahr betragen, 4) die Zeit nicht durch Verfügung für einen einzelnen Fall, ſondern durch einen Rechtsſatz feſtgeſetzt iſt. Die Hinderniſſe, die manche Tage bey der Berechnung ausfallen machen können, ſind nicht überall dieſelben, ſie hängen von der Beſchaffenheit der vorzunehmenden Handlung ab[c]). Als Hinderungsgründe in der Perſon deſſen ſelbſt, der handeln ſoll, gelten Abweſenheit, deren Beſeitigung nicht in ſeiner Willkühr ſteht, und Krankheit, die ſeine Thätigkeit unmöglich macht, vorausgeſetzt daß auch nicht die Möglichkeit durch einen Stellvertreter zu handeln übrig blieb[d]).

---

c) L. 2 §. 1 D. quis ordo in poss. (38, 15) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

d) Das Hinderniß, welches in der Nichtkenntniß von der Zuſtändigkeit der Handlung liegt, zu berückſichtigen, kann beſonders vorgeſchrieben ſeyn, ſo durch die Beſtimmung, daß ein gewiſſer Zeitraum erſt von dem Augenblick der Kenntniß laufen ſoll; in der bloßen Ei-

Das Hinderniß kann aber auch in dem Umſtand liegen, daß die Handlung bey der Behörde vorgenommen werden muß; die Tage, wo dieſe nicht zugänglich war, oder an denen überhaupt eine Handlung, wie die betreffende, nicht vorgenommen werden kann (§. 158), ſind bey dem utile tempus außer Anſatz zu laſſen. Endlich kann die Abweſenheit einer dritten Perſon ein Hinderniß werden, nämlich bey einer Klage, für die eine Friſt vorgeſchrieben iſt, die des zu Belangenden. — Die Schwierigkeit der Berechnung eines utile tempus, und die Ungewißheit der rechtlichen Verhältniſſe, die eine Folge davon iſt, daß die Entſcheidung von individuellen Umſtänden abhängt, hat im ſpäteren Recht darauf geführt, manchen früher utiliter zu berechnenden Zeiträumen tempora continua zu ſubſtituiren[e]).

Endlich giebt es eine mit rechtlicher Wirkung verſehene Zeit, bey welcher ihrer Natur nach von einer Berechnung nicht die Rede ſeyn kann, da ſie nicht aus einer beſtimmten Zahl von Zeitabſchnitten beſteht. Die Wirkung der meiſten juriſtiſchen Zeiträume läßt ſich ſo bezeichnen: der Zeitablauf verwandelt einen factiſchen (oder als ſolcher geltenden) Zuſtand in einen rechtlichen (oder als ſolchen erweislichen)[f]). Dieſe Wirkung iſt nun auch einer unbeſtimmt langen Zeit beigelegt, welche dadurch charakteriſirt wird, daß der Anfang eines gegenwärtigen Zuſtandes über Menſchengedenken hinausliegt, origo eius memoriam excessit. Dieß iſt dann der Fall, wenn der Zuſtand ſo lange gedauert hat, daß niemand exiſtirt, der

---

genſchaft der utilitas temporis liegt dieß nicht. Jene Vorſchrift kann bey einem utile tempus fehlen, bey einem continuum gegeben ſeyn.

e) Dieſe Lehre vom utile tempus iſt erſt durch Savigny a. a. O. §. 189—191 auf ihre wahre Geſtalt zurückgeführt worden.

f) So verwandelt ſich bey der Uſucapion die Ausübung des Eigenthums (der Beſitz) in das Eigenthum, bey der Klagverjährung die factiſche Unangefochtenheit des Beklagten in eine rechtliche.

über ſeinen Urſprung aus eigner Anſchauung oder von Hörenſagen Auskunft ertheilen kann, noch auch eine ſolche Auskunft von Früherlebenden, die den Anfang geſehen oder davon gehört haben, vernommen hat[g]). Man nennt eine ſolche Zeit eine unvordenkliche (Immemorialverjährung), die Römer brauchen dafür das Wort vetustas. Sie äußert ihre Wirkung in ſolchen Fällen, wo kein Rechtsſatz eine beſtimmte Zeit für Entſtehung oder Endigung eines Rechts anordnet, namentlich da wo die Rechtmäßigkeit eines Zuſtands eine obrigkeitliche Verfügung oder Conceſſion vorausſetzt, durch die er entſtanden iſt; wo nun dieſe der Länge der Zeit wegen nicht mehr nachgewieſen werden kann, ſoll die Dauer des Zuſtands jene unvordenkliche Zeit hindurch ſie erſetzen: vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur[h]).

γ. Rechtsgeſchäfte.

a. Allgemeines.

CCI. Die meiſten Veränderungen in den Rechten werden durch Handlungen hervorgebracht. Man nennt die Handlungen, denen eine ſolche rechtliche Wirkung zukommt, juriſtiſche. Handlung überhaupt iſt jede Bewegung des Willens, äußere Handlungen ſind die, welche eine Einwirkung auf die Sinnenwelt enthalten. Das was die äußere Handlung mit der inneren gemein hat, iſt der Wille und ſeine Beſtimmung zu etwas (Entſchluß), dazu kommt nun noch die Aeußerung des Willens (die That, das factum). Nur äußere Handlungen ſind juriſtiſche[a]). Das Factum in dieſem Sinne kann nicht

---

g) L. 28 D. de probat. (22, 3) L. 2 §. 8 D. de aqua pluv. (39, 3).

h) L. 1 §. ult. L. 2 pr. 26 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 3 pr. de loc. et itin. publ. (43, 7) L. 3 §. 4 D. de aqua quot. (43, 20). Savigny Syſtem V §. 195—197.

a) — nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit L. 53 in f. 225 D. de V. S. (50, 16). Eben ſo wenig aber iſt das Factum für ſich und ohne den Willen eine Handlung.

allein in einer poſitiven Thätigkeit, ſondern auch in einem Unterlaſſen beſtehen; es giebt nicht bloß poſitive (Begehungs=) ſondern auch negative (Unterlaſſungs=) Handlungen.

Die rechtliche Wirkung kann in einem doppelten Verhältniß zu der Handlung ſtehen: 1) ſie iſt unabhängig von dem Willen des Handelnden, der alſo möglicherweiſe auf einen ganz andern Erfolg gerichtet ſeyn kann; 2) ſie ſetzt voraus, daß die Abſicht des Handelnden auf ſie gieng. Handlungen, deren Abſicht auf eine rechtliche Wirkung gerichtet iſt, heißen Rechtsgeſchäfte. Dieſe haben alſo ſtets eine Wirkung, die in jenem zweiten Verhältniß zur Handlung ſteht, außerdem können ſie aber noch andere unwillkührliche rechtliche Folgen haben; z. B. der Antritt einer Erbſchaft iſt ein Rechtsgeſchäft, die Erwerbung des Erbrechts iſt ſeine beabſichtigte Wirkung, überdieß aber tritt der Erbe als ſolcher in mancherley Verbindlichkeiten, und für dieſe Wirkung iſt es gleichgültig, ob ſeine Abſicht darauf gieng oder nicht. Unerlaubte Handlungen dagegen haben ſtets nur eine rechtliche Wirkung, die in dem erſten Verhältniß ſteht, es iſt nicht dieſe Wirkung, die der Handelnde beabſichtigt.

Die Rechtsgeſchäfte ſind theils einſeitige, theils zweiſeitige. Bey jenen geht die Einwirkung auf das Recht, in welcher der Zweck des Rechtsgeſchäfts beſteht, von Einer Perſon aus, bey dieſen wirken Mehrere zur Hervorbringung des rechtlichen Erfolgs übereinſtimmend zuſammen, der Erfolg beruht auf ihrem übereinſtimmenden Willen und ſeiner Aeußerung. Dieſe zweiſeitigen Rechtsgeſchäfte heißen Verträge.

Die Erforderniſſe der Rechtsgeſchäfte ſind theils ſolche, die ſie mit allen Handlungen gemein haben, theils beſondere. Sie ſollen nun nach den drey Momenten einer Handlung: Wille, Richtung des Willens auf etwas, Aeußerung des Willens, dargeſtellt werden.

CCII. Rechtsgeſchäfte ſetzen in dem Handelnden vor allem

1) Willensvermögen voraus, ohne welches überall keine Handlung möglich iſt. Willensunfähige ſind daher durchaus handlungsunfähig, und dieß gilt nicht bloß für Rechtsgeſchäfte, ſondern für alle Handlungen. Daher ſind juriſtiſche Perſonen nicht handlungsfähig, dem Begriff, der hier das Subject der Perſönlichkeit ausmacht, kann kein wirklicher Wille zugeſchrieben werden. Daß ihnen ein Recht, eine Macht, zugeſchrieben wird, beruht auf einer bloßen Fiction. Dieſem Mangel iſt für Rechtsgeſchäfte, ſoweit ein Bedürfniß es erheiſcht, durch Stellvertreter abgeholfen, deren Wille unter gewiſſen Vorausſetzungen als Wille der juriſtiſchen Perſon gilt. Alle die juriſtiſchen Perſonen, welche überhaupt in den rechtlichen Verkehr einzugreifen beſtimmt ſind, können Beamte und Vorſteher mit dieſer Function haben, bey den Corporationen kommt zu dieſen Repräſentanten noch die Verſammlung der Glieder, deren verfaſſungsmäßiger Beſchluß als Wille des Ganzen gilt. Die Verfaſſung einer Corporation hat dieſe Vertretung derſelben zu ordnen[a]).

Der menſchliche Wille iſt bedingt durch die Vernunft, mit dieſer geht auch jener verloren. Daher ſind Wahnſinnige (furiosi, dementes) handlungsunfähig[b]). Aber es giebt auch Menſchen, denen nicht durch eine geiſtige Krankheit die Vernunft entzogen iſt, ſondern durch ihr Alter, oder vielmehr bey

---

a) Nach der ſpäteren römiſchen Städteverfaſſung wird die Commune durch die Curie vertreten, und zu einem Beſchluß derſelben iſt die Anweſenheit von zwey Drittheilen der ſämmtlichen Decurionen nöthig, Beſchluß aber iſt der Wille der Mehrheit dieſer Anweſenden L. 2. 3 D. de decretis ab ordine fac. (50, 9) L. 19 D. ad munic. (50, 1) L. 46 C. de decur. (10, 31).

b) L. 5. 40 D. de R. I. (50, 17): furiosi — nulla voluntas est. L. 1 §. 12 D. de O. et A. (44, 7).

denen ſie erſt in der Ausbildung begriffen iſt: die Kindheit iſt, wenigſtens annähernd, ein Zuſtand der Vernunftloſigkeit[c]). Dieſes Alter nennen die Römer infantia, die Perſonen dieſes Alters infantes oder qui fari non possunt, d. h. die, wenn ſie auch Laute und ſogar Worte bilden, doch nicht mit Einſicht in die Bedeutung der Worte ſprechen können. Die infantia iſt ein Kennzeichen des Mangels voller Willenskraft, da beide Fähigkeiten gleichmäßig ſich zu entwickeln pflegen, den Römern aber lag es deswegen am nächſten, weil die wichtigſten rechtlichen Handlungen ohne Ausſprechen gewiſſer Worte nicht vorgenommen werden konnten. Gerade indeſſen daß die Handlungsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit zu ſprechen überhaupt, ſondern mit Einſicht zu ſprechen, alſo auf ein nicht durchaus äußerliches Kennzeichen geſtellt iſt, machte es, um jede Ungewißheit zu beſeitigen, nöthig, die Gränze der Kindheit, die völlig handlungsunfähig machen ſollte, nach der Zahl der Jahre genau feſtzuſetzen. Dieß geſchah, indem man der alten Lehre folgte, die das Leben des Menſchen in ſiebenjährige Perioden eintheilt[d]), ſo daß für die infantia die erſten ſieben Lebensjahre angenommen, und alle Perſonen für infantes erklärt wurden, die noch nicht das ſiebente Jahr vollendet haben[e]).

---

c) L. 32 §. 2 D. de adquir. poss. (41, 2): — nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

d) Censorinus de die nat. 14: — in prima hebdomade dentes homini cadere, in secunda pubem apparere, in tertia barbam nasci, in quarta vires, in quinta maturitatem ad stirpem relinquendam, in sexta cupiditatibus temperari, in septima prudentiam linguamque consummari, in octava eadem manere, in nona omnia fieri languidiora, in decima hominem fieri morti maturum.

e) Ulpian. L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7) Modestin. L. 14 D. de sponsal. (23, 1) Arcad. L. 8 C. Th. de bon. mat. (8, 18) Theodos. II L. 18 pr. C. de iure delib. (6, 30) vgl. Quintilian. instit. I. 1. Macrob. somn. Scip. I. 6: — eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi.

2) Die zweite Vorausſetzung der Handlung iſt die Richtung des Willens auf etwas, bey dem Rechtsgeſchäft inſonderheit auf den Zweck deſſelben, das Rechtsverhältniß, das dadurch hervorgebracht oder modificirt werden ſoll. Dieſe Richtung ſetzt eine Einſicht in die Bedeutung der Handlung, bey Rechtsgeſchäften insbeſondere in den Zweck und die Mittel, und ihr Verhältniß zu einander, mit einem Wort Verſtand voraus. Es giebt Perſonen, denen dieſer Verſtand, wenigſtens in dem erforderlichen Grade abgeht, dieſe ſind, ſoweit ein ſicheres und allgemeines Kennzeichen dafür möglich iſt, in ihrer Handlungsfähigkeit beſchränkt worden. Dahin gehören

a) die Perſonen, welche über die Kindheit, das Alter der völligen Handlungsunfähigkeit, hinaus, aber noch unmündig ſind: impuberes qui fari possunt (impuberes infantia maiores). Bey dieſen iſt anzunehmen, daß ſie noch nicht die hinreichende Einſicht in die rechtliche Bedeutung einer Handlung haben[f]), daher ſind ſie aller Geſchäfte für unfähig erklärt, bey denen jener Mangel einen Nachtheil verurſachen kann, alſo aller, die eine Veräußerung oder eine Verpflichtung von ihrer Seite einſchließen, reiner Erwerbsgeſchäfte ſind ſie fähig[g]). Dieſer Grundſatz erhält eine Modification durch die Form gewiſſer Geſchäfte, gerichtlicher ſind Impuberes unfähig, welches auch ihr Inhalt ſeyn möge, daher ſie auch nicht erwerben können durch legis actio, und dieß iſt ohne Zweifel auch auf

---

f) Actum rei non intelligunt L. 5 D. de R. I. (50, 17). Eius aetatis ut nondum intelligat quid agatur L. 1 §. 13 D. de O. et A. (44, 7) L. 6 D. rem pupilli (46, 6) L. 9 D. de adquir. her. (29, 2).

g) §. 9. 10 I. de inut. stip. (3, 19) L. 9 D. de auct. tut. (26, 8) L. 8. 9 D. de adquir. her. (29, 2) L. 11 D. de adquir. dom. (41, 1) L. 32 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2). In eine allgemeine Regel zuſammengefaßt: meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore pr. I. de auct. tut. (1, 21) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14).

die Mancipation erſtreckt worden[h]). Durch die Form ſchon waren Impuberes auch von der Fähigkeit ein Teſtament zu machen ausgeſchloſſen, die Unmöglichkeit dagegen, daß ein Impubes unter Mitwirkung eines Tutors teſtire, beruht auf dem materiellen Grund, daß bey dieſer Handlung ſchlechterdings eigne, ſelbſtſtändige Einſicht gefordert wird. Dagegen iſt die Unmöglichkeit einer Eheſchließung bey den Unmündigen in keiner Rückſicht eine Beſchränkung der Handlungsfähigkeit, es iſt die Unfähigkeit in einer Ehe zu leben, die jene Unfähigkeit, eine Ehe zu ſchließen, nur zur nothwendigen Folge hat[i]). — Jener Mangel der Handlungsfähigkeit aber, der die Unmündigen von gewiſſen Rechtsgeſchäften ausſchließt, kann dadurch gehoben werden, daß ſie unter dem Beiſtand anderer Perſonen handeln, deren Verſtand die mangelnde Einſicht des Handelnden erſetzt. Das Recht hat jedoch dieſe Ergänzung der Handlungsfähigkeit an gewiſſe Vorausſetzungen geknüpft. Einmal muß der Beiſtehende eine dem Unmündigen zu dieſem Zweck geſetzlich zugeordnete Perſon: ein tutor ſeyn, ſodann muß ſeine Mitwirkung in der dafür vorgeſchriebenen Form geſchehen. Sie beſteht darin, daß der Tutor den Unmündigen (ſeinen Pupillen) in ſeiner Gegenwart und auf ſein mündliches Geheiß handeln läßt. Dieſe Genehmigung, die bey der Handlung ſelbſt als ein Theil derſelben erklärt werden muß, heißt auctoritas tutoris; ſie giebt der Handlung des Pupillen dieſelbe Kraft, wie ſie der eines vollkommen Handlungsfähigen zukommt. Dieſes Verfahren iſt wohl zu unterſcheiden von dem Fall, wenn der Tutor für den Pupillen handelt. Wenn

---

h) Ulp. XI. 27. Daraus erklärt ſich der Grund, der in L. 1 §. 3 D. de adquir. poss. (41, 2) für den Beſitzerwerb angeführt wird: eam rem facti, *non iuris* esse.

i) Daher können ſie Sponſalien eingehen; ſie ſind dieſes Verhältniſſes fähig, und die Beſchränkung der Handlungsfähigkeit erſtreckt ſich nicht auf dieſe reinen Familienverhältniſſe L. 14 D. de sponsal. (23, 1).

der Tutor auctor wird, handelt der Pupill ſelbſt, die Auctoritas tritt nur als ein Ergänzendes hinzu, ſie macht die natürliche Handlung zu einer juriſtiſchen.

Das Bisherige gilt von Rechtsgeſchäften der Unmündigen. Aber auch unerlaubter Handlungen ſind ſie nicht fähig, ſie werden dadurch weder zur Strafe noch zum Schadensersatz obligirt. Natürlich kann hier von keiner Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas die Rede ſeyn, dagegen iſt dieſe Unfähigkeit zu unerlaubten Handlungen ſelbſt enger begränzt. Es iſt nicht ſchlechthin die Unmündigkeit, welche ſie begründet, wie bey den Rechtsgeſchäften, ſondern die damit natürlich verbundene Unfähigkeit eines auf das Unrecht gerichteten Willens. So wie ſich ergiebt, daß ein Unmündiger doli oder culpae capax iſt, was bey denen die prope pubertatem (pubertati proximi) ſind, einzutreten pflegt, ſo iſt er auch für ſeine unerlaubten Handlungen wie ein Mündiger verantwortlich[k]). So wie nun hier alles auf die factiſche Exiſtenz jenes Willens geſetzt iſt, ſo giebt es auch ein Rechtsgeſchäft, bey dem wegen ſeiner factiſchen Natur eine Modification der oben gegebenen Grundſätze eintritt. Der Beſitzerwerb nämlich ſetzt ſchlechterdings einen beharrlich auf die Sache gerichteten Willen voraus, der ohne Einſicht in den Werth der Dinge nicht anzunehmen iſt. Nun kann jemand über das Alter von ſieben Jahren hinausſeyn, ohne daß ſich ihm noch die ſelbſtſtändige Fähigkeit jenes Willens zuſchreiben läßt; ein ſolcher infantiae proximus wird für ſich allein und ohne fremden Einfluß und Belehrung nicht Beſitz erwerben können[l]).

---

k) L. 5 §. 2 D. ad L. aquil. (9, 2) L. 4 §. 26 D. de doli exc. (44, 4) L. 23 D. de furt. (47, 2) L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17). Schon die Zwölf Tafeln haben dieß anerkannt Gell. XI. 18. Plin. hist. nat. 18, 3, wenn ſie auch in Beziehung auf die öffentliche Strafe einen Unterſchied zwiſchen Mündigen und Unmündigen machen.

l) L. 1 §. 3 D. de adquir. poss. (41, 2) vgl. §. 10 I. de inut. stip. (3, 19).

Welche Perſonen ſind impuberes?[m]) Faſſen wir zunächſt die Punkte ins Auge, für die es bey beiden Geſchlechtern gleichmäßig von Intereſſe war, die Gränze der Pubertät zu beſtimmen, das Recht zu teſtiren und die Ehe, ſo war es hier weniger darum zu thun, die wirkliche Pubertät nicht zu verfehlen, als eine ſichere, jede Ungewißheit möglichſt beſeitigende Beſtimmung zu haben, überdieß eine ſolche, bey der man ſicher war, keinen wirklichen Pubes von der Fähigkeit zu jenen wichtigen Rechten auszuſchließen. Es wurde daher die Unmündigkeit bey Mannsperſonen bis zum vollendeten vierzehnten, bey Frauensperſonen bis zum vollendeten zwölften Jahr gerechnet[n]), ohne Zweifel weil dieß die frühſten unter den Zeitpunkten waren, an welchen die wirkliche Pubertät einzutreten pflegte. Etwas anders ſtellt ſich die Sache in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit und die damit in Verbindung ſtehende Tutel. Es iſt eine Beſchränkung, unter welcher der Unmündige ſich befindet, aber eine für ihn in der Regel wohlthätige, und die ihn von keinem Rechtsgeſchäft, welches Intereſſe für ihn hat, ſchlechterdings ausſchließt, da er jedes mit der Autorität ſeines Tutors vornehmen kann; iſt er aber unter väterlicher Gewalt, und hat alſo keinen Tutor, ſo war die Handlungsfähigkeit nach älterem Recht nicht ſein, ſondern des durch ihn erwerbenden Vaters Intereſſe. Deshalb konnte man ſich hier bewogen finden, den Zeitpunkt der vollkommenen Handlungsfähigkeit und der Befreiung von der Tutel nicht zu beſchleunigen, ihn vielmehr ſo zu beſtimmen, daß die Annahme der rechtlichen Pubertät bey factiſch noch unreifen Individuen vermieden wurde. Vielleicht ſchloß ſich das Recht urſprünglich an die Sitte an, welche die Gränze zwiſchen Unmündigkeit und Mündigkeit, Knaben- und Jünglingsalter, durch einen feierlichen Act, das Ablegen der Prätexta (Toga mit einem

---

m) Vgl. vornehmlich Savigny Syſtem III §. 109. 110.

n) Gai. II. 113. L. 4 C. qui testam. (6, 22).

Purpurſaum) und Anlegen der toga virilis, bezeichnete, was gewöhnlich im Lauf des funfzehnten Lebensjahrs, nach Umſtänden auch wohl ſpäter geſchah. Daher kommt auch in den Rechtsquellen der Ausdruck praetextatus für impubes, vesticeps für pubes vor [o]). Auf der einen Seite war damit die Entſcheidung über die Pubertät nicht unpaſſend zu einer Familienſache gemacht, auf der andern war für jeden Dritten, der mit einer Perſon Geſchäfte zu ſchließen hatte, ihre Handlungsfähigkeit durch ihre Kleidung entſchieden. Das erſte indeſſen wurde ſpäter bedenklich gefunden, dem Tutor war damit bey der Entſcheidung über die Endigung ſeines Amts allzuviel eingeräumt, ohne Zweifel kamen Fälle vor, wo Tutoren jenen Wechſel der Kleidung verzögerten, um ſich länger in der Verwaltung der Güter zu erhalten und die Rechnungsablage hinauszuſchieben. So kam man zu der Anſicht, daß die Entſcheidung über die Pubertät, wenn ein Streit darüber entſtehe, Sache des Gerichts und einer von dieſem anzuordnenden körperlichen Unterſuchung ſey, nur mit der Beſchränkung, daß die Pubertät nie vor dem vollendeten vierzehnten Jahr angenommen werden ſollte. Dieſe Anſicht hielten noch in der dritten Periode die Sabinianer feſt, die Proculianer dagegen giengen einen Schritt weiter, ſie verwarfen die Beſtimmung der Pubertät nach dem habitus corporis, als ein ſchwankendes und, ſo wie man einmal über die Entſcheidung in der Familie hinausgegangen war, unſchickliches Mittel, und ſetzten die Pubertät hier, wie bey Teſtament und Ehe, auf das zurückgelegte vierzehnte Jahr [p]). Die Anſicht der Proculianer wurde die herrſchende, und ſie iſt auch im juſtinianiſchen Recht recipirt. Alles dieß gilt übrigens nur von Mannsperſonen. Bey Frauen hätte die Ablegung der Präterta nicht entſcheiden können, denn ſie trugen ſie bis zur Verheirathung, auch konnte niemanden

o) L. 3 §. 6 D. de lib. exhib. (43, 30) Gell. V. 19.

p) Ulpian. XI. 28. Gai. I. 196. pr. I. quib. mod. tut. (1, 22).

einfallen, ſie einer Unterſuchung des habitus corporis zu unterwerfen. Aber die Mündigkeitsfrage kam im älteren Recht überhaupt bey ihnen in dieſer Rückſicht nicht vor. Die Tutel über ſie endigte ſich nicht mit der Mündigkeit, denn ſie waren ihr vermöge ihres Geſchlechts unterworfen[q]), und ebenſo abſorbirte die Beſchränkung, der ihre Handlungsfähigkeit des Geſchlechts wegen unterlag (ſ. nachher), die wegen Unmündigkeit[r]). Als ſpäter die Frauen in dieſer Rückſicht den Männern gleichgeſtellt wurden, war jener Termin der Pubertät bey den letzteren längſt entſchieden, und für die Frauen wurde auch in Beziehung auf Handlungsfähigkeit und Tutel, wie bey Teſtament und Ehe, das zwölfte Lebensjahr als die Gränze der Unmündigkeit angenommen.

b) Frauensperſonen ſind nach älterem Recht ohne Unterſchied des Alters in der Handlungsfähigkeit beſchränkt[s]). Sie ſind unfähig ſich zu verpflichten und eine res mancipi zu veräußern, ſo wie das Patronatrecht, das ſie haben, aufzugeben. Von manchen Handlungen ſind ſie überdieß (wie die Unmündigen) ſchon durch die Form derſelben, abgeſehen von ihrem Inhalt, ausgeſchloſſen: ſie können keine legis actio vornehmen (daher keine in iure cessio), in keinem legitimum iudicium (§. 159) auftreten, überhaupt kein civile negotium d. h. kein Geſchäft ſchließen, für welches das Jus civile eine ihm eigenthümliche Form feſtgeſetzt hat[t]). Aber auch ihnen iſt in

---

q) Gai. I. 145.

r) Jene iſt allerdings der letzteren nicht ganz gleich, es giebt einige Handlungen, die eine Frau, aber nicht ein Unmündiger gültig vornehmen konnte (Note t), aber dieſer kleine Unterſchied wird durch den Umſtand aufgewogen, daß Frauensperſonen jüngeren Alters überhaupt weniger in dem Fall ſind, dergleichen Handlungen vorzunehmen.

s) Ulpian. XI. 27. (cf. Schulting. ad h. l.) Gai. I. 192. Fragm. vat. I. 45. Cic. pro Caec. 25.

t) Ulpian ſtellt Impuberes und Mulieres einander gleich, nur mit Ausnahme der Veräußerung einer res nec mancipi, welche den letzteren

der Tutel die Möglichkeit eröffnet, alle dieſe Handlungen tutore auctore wirkſam vorzunehmen. In der vierten Periode hat dieſe Beſchränkung der Handlungsfähigkeit um des Geſchlechts willen, mit der tutela mulierum, zuerſt an Umfang verloren und endlich ganz aufgehört. Die Frauensperſonen ſind noch im neuſten Recht, wie im älteren, von manchen rechtlichen Verhältniſſen und Stellungen ausgeſchloſſen, dieſe Ausſchließung iſt aber keine bloße Beſchränkung der Handlungsfähigkeit.

c) Die theilweiſe Handlungsunfähigkeit der Unmündigen und Frauen gründet ſich auf den Mangel hinreichenden juriſtiſchen Verſtandes, der bey dieſen Perſonen vorausgeſetzt wird. Derſelbe Mangel kann auch unabhängig von Alter und Geſchlecht eintreten, in der Regel aber wird es an einem ſicheren Kennzeichen fehlen, welches einen die Handlungsfähigkeit beſchränkenden Rechtsſatz rechtfertigen könnte. Dieß hat eine Ausnahme. Perſonen, welche durch Verſchwendung einen Mangel an Einſicht in die Beſtimmung und den Werth der Güter darlegen, werden gleich Unmündigen behandelt. Doch ſetzt dieß voraus, daß ſie von der Obrigkeit als prodigi erklärt werden, erſt durch dieſes Decret wird ihnen die Handlungsfähigkeit entzogen[u]). Sie werden in Beziehung auf die Cura, der ſie unterworfen ſind, mit den Wahnſinnigen zuſammengeſtellt; hinſichtlich der Handlungsfähigkeit werden ſie den Impuberes gleich behandelt, nur daß ihnen, da ſie keine Tutoren haben, die Möglichkeit mit Auctoritas zu handeln verſchloſſen iſt. Der Prodigus kann an keinem Rechtsgeſchäft des Jus ci-

---

ohne Autorität des Tutors möglich iſt, wofern ſie nur nicht in einer Form geſchieht, welche ihnen verſagt iſt (Fragm. vat. l. c.).

u) Die Formel giebt Paulus III. 4 a, 7 (vgl. Hänel var. script.): — Quando tibi relicta bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Von dieſen letzten Worten wird bald der Ausdruck: bonis („ea re“) bald: commercio ei interdictum est, gebraucht.

vile Theil nehmen (die Ausübung des Commerciums iſt ihm unterſagt)[v]), ſodann kann er ſich nicht verpflichten[w]), und nichts veräußern: er ſoll, da ihm bonis interdicitur, gewiſſermaßen wie ohne Vermögen behandelt werden[x]).

Die Beſchränkung des Prodigus wird auch ſo ausgedrückt: interdicitur ei bonorum suorum administratio[y]). Es giebt aber Perſonen, welche die Adminiſtration ihres Vermögens ebenfalls nicht haben, ohne daß ſie ihnen ausdrücklich unterſagt wäre, wo dieß vielmehr lediglich eine Folge davon iſt, daß dieſe Adminiſtration einem Andern gegeben wird. So die puberes minores xxv annis, wenn ſie Curatoren erhalten. Von dieſen kann man nicht ſagen, ſie ſeien in ihrer Handlungsfähigkeit beſchränkt[z]), ſie ſind mit Curatoren ſo handlungsfähig als ohne dieſelben, durch ihre Stellung unter einen Curator wird ihnen die Fähigkeit zu keiner Handlung entzogen, nur die Entſcheidung, ob eine Handlung, die unter die Adminiſtration gehört, vorgenommen werden ſoll, fällt dem Curator zu, und aus dieſem Grund iſt eine ſolche Handlung ohne den (vorhergehenden oder nachfolgenden) Conſens des

---

v) Daher kein Teſtament errichten, oder als Zeuge dabey auftreten Ulp. XX. 13. Paul. III. 4 a, 12. Dieſe Unfähigkeit iſt geblieben, als ſpäterhin jener erſte Theil der Beſchränkung mit den ſolennen Rechtsgeſchäften, auf die er ſich bezog, außer Anwendung kam.

w) L. 6 D. de V. O. (45, 1) L. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12, 1): — puto pupillo eum comparandum —. Die Möglichkeit eine Erbſchaft anzutreten, hat man bey ihm, ungeachtet der weſentlich damit zuſammenhängenden Verpflichtung, angenommen L. 5 §. 1 D. de adqu. her. (29, 2), ohne Zweifel, weil ihm ſonſt dieſe Erwerbsquelle (zum Nachtheil ſeiner Familie) gänzlich entzogen worden wäre, da bey ihm eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas nicht möglich iſt.

x) L. 10 pr. D. de cur. fur. (27, 10).

y) L. 1 pr. eod.

z) Der Gegenſatz läßt ſich ſo ausdrücken: der Prodigus erhält einen Curator, weil ihm die Adminiſtration unterſagt iſt, der Minderjährige verliert die Adminiſtration, weil er einen Curator erhalten hat.

Curators ungültig [aa]). Auch dieſe Ungültigkeit iſt auf das Erforderniß der Rechtsgeſchäfte, bey dem wir ſtehen: Richtung

---

aa) Daß Veräußerungen dahin gehören, iſt unbeſtritten L. 3 C. de in integr. rest. min. (2, 22), wo der minor curatorem habens bey dieſer Gelegenheit mit dem prodigus verglichen wird, beide haben nicht die Adminiſtration. Aus dieſem Grund muß aber auch daſſelbe gelten von Verpflichtungsgeſchäften, die ja auch dem Prodigus nur deswegen entzogen ſind, weil ihm die Adminiſtration unterſagt iſt. Der Unterſchied iſt nur, daß der Prodigus ihrer ſchlechtweg unfähig iſt, der Minderjährige nicht, aber der mangelnde Conſens des Curators bringt bey dem letzteren daſſelbe Reſultat der Ungültigkeit hervor. Da die Verpflichtung unter die Adminiſtration fällt, ſo iſt ſie an den Conſens gebunden. Dieß wird durch folgende Entſcheidungen unſerer Quellen beſtätigt: 1) der Conſens iſt nothwendig zum Antritt einer Erbſchaft L. 26 C. de admin. tut. (5, 37), aus keinem andern Grund als weil dieſes Rechtsgeſchäft zugleich ein verpflichtendes iſt, und dieſer Grund wird auch für die Unfähigkeit der Pupillen eine Erbſchaft ohne Autorität des Tutors anzutreten angeführt L. 8 pr. D. de adquir. her. (29, 2); 2) zur Führung von Proceſſen L. 2 C. qui legit. pers. (3, 6), aus demſelben Grund; 3) promissio dotis L. 60. 61 D. de iure dot. (23, 3). Alles deſſen ungeachtet haben mehrere Schriftſteller behauptet, der Minderjährige könne durch Vertrag ſich gültig verpflichten ohne Conſens ſeines Curators (Marezoll Zeitſchr. für Civilr. u. Civilpr. II. 12, Savigny von dem Schutz der Minderjährigen 1833 S. 32 ff. Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. X S. 287 f. Rudorff Recht der Vormundſchaft II S. 284 ff.). Dieſe Meinung gründet ſich auf eine Stelle Modeſtin's: L. 101 de V. O. (45, 1): puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, die nur ihre Handlungsfähigkeit im Gegenſatz gegen die impuberes bezeugt. Dieſe letzteren können ohne ihre Tutoren nicht obligirt werden, während die Minderjährigen in der That durch eine Stipulation ohne ihre Curatoren obligirt werden können, da der Conſens nicht zur Stipulation ſelbſt gehört, daher auch nachfolgen kann. Dieß wird klar, wenn wir den Satz negativ denken: non possunt, in welchem Fall er die falſche Behauptung enthalten würde: die Curatoren müßten bey der Stipulation zugegen ſeyn. Ein Fall wird dieß erläutern: Eine minderjährige Frau will eine Dos beſtellen: verſprechen (Verpflichtung) oder geben (Veräußerung). Sie hat einen Curator, außerdem iſt ſie als Frau in Beziehung auf jene Geſchäfte handlungsunfähig. Nun muß der Curator conſentiren, aber dieß reicht nicht aus, der Tutor muß bey dem Geſchäft auctor wer-

des Willens auf den Zweck derſelben, zurückzuführen. In dieſem Erforderniß liegt nämlich außer der Einſicht, von der bisher die Rede war, auch die Möglichkeit einer Diſpoſition über den Gegenſtand des Rechtsgeſchäfts. Dieſe Diſpoſitionsbefugniß nun iſt geſchmälert durch den Verluſt der Adminiſtration, welchen die Bevormundung zur Folge hat.

3) Die Aeußerung des Willens, die bey Rechtsgeſchäften wie bey allen juriſtiſchen Handlungen gefordert wird, beſteht bey jenen ihrem Begriff gemäß weſentlich in einer Erklärung des Willens. Was ſonſt noch an äußerer Thätigkeit hinzukommt, z. B. die körperliche Einwirkung auf einen Gegenſtand, iſt entweder nur eine beſondere Form der Erklärung (z. B. das Ergreifen der Sache bey der Mancipation), oder wenn es zugleich einen ſelbſtſtändigen Zweck hat (wie die Apprehenſion beim Beſitzerwerb), ſo iſt es doch nicht dieſe Seite der Handlung, wodurch ſie ein Rechtsgeſchäft iſt. Die Art und Weiſe der Willenserklärung bildet die Form des Rechtsgeſchäfts. Wenn keine beſondere Form vorgeſchrieben iſt, ſo ſind die Mittel der Erklärung willkührlich, nur müſſen ſie dem Willen entſprechen und ihn erkennbar machen; unter dieſer Vorausſetzung kann die Erklärung entweder eine ausdrückliche ſeyn, d. h. den Willen durch Worte oder andere Zeichen, welche als directe Gedankenäußerungen gelten, unmittelbar zu erkennen geben, oder eine ſtillſchweigende, d. h. in Handlungen beſtehen, die den fraglichen Willen vorausſetzen, ſo daß der-

---

den, die Gegenwart des Curators iſt gleichgültig, ſie kann aber auch die des Tutors nicht erſetzen. So entſcheidet Paulus Fragm. vat. §. 110: P. respondit, etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Paulus ſetzt, wie Modeſtinus, den Conſens des Curators, auf den es ihm hier nicht ankam, ſtillſchweigend voraus. Wäre die Nothwendigkeit dieſes Conſenſes nicht ſonſt außer Zweifel (ſ. die vorhin unter 3 cit. St.), ſo könnte man ſie mit demſelben Recht hier läugnen, wie man es bey der parallelen Stelle des Modeſtinus gethan hat.

ſelbe ſich daraus erſchließen läßt[bb]). Es kann aber auch eine beſtimmte Form durch das Recht vorgeſchrieben, und dadurch die Weiſe der Erklärung inſoweit der Willkühr der Handelnden entzogen ſeyn z. B. der Gebrauch von Worten oder ſogar gewiſſer Worte, in denen der Wille erklärt werden muß, die Mitwirkung einer obrigkeitlichen Perſon, die Gegenwart von Zeugen u. ſ. f. Solche Rechtsgeſchäfte werden ſolenne genannt. — Auch durch die Form können manche Perſonen ausgeſchloſſen ſeyn, ſo ſind es Stumme von den Handlungen, die mit Sprechen verbunden ſind, Peregrinen von civilrechtlichen Formen.

So wenig der Wille ohne Erklärung zu einem Rechtsgeſchäft hinreicht, eben ſo wenig eine Erklärung, welcher der Wille nicht entſpricht. Der Widerſpruch zwiſchen Willen und Erklärung kann abſichtlich ſeyn, ſo daß der Handelnde mit Bewußtſeyn etwas anderes will, etwas anderes erklärt, z. B. wenn er einer Schenkung die er beabſichtigt, den Schein eines Verkaufs giebt. Eine ſolche Willenserklärung heißt eine ſimulirte, das ſimulirte Rechtsgeſchäft hat keine Wirkung[cc]). Dieſelbe Folge hat aber auch eine unwillkührliche Mangelhaftig-

bb) Nicht jede ausdrückliche Erklärung iſt eine wörtliche, z. B. der mit dem Kopf Nickende bejaht ausdrücklich, und nicht jede wörtliche iſt eine ausdrückliche, denn auch Worte können zu den bloß „concludenten Handlungen" (wie man die Mittel der ſtillſchweigenden Erklärung nennt) gehören, ſ. z. B. L. 17 §. 1 D. de adquir. her. (29, 2).

cc) Cod. IV. 22: plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Ob das Motiv welches der Simulation zu Grunde liegt, ein tadelnswerthes iſt (z. B. rechtswidrige Täuſchung eines Andern) oder nicht, iſt in jener Beziehung gleichgültig. Das letzte iſt z. B. der Fall, wenn der äußere Schein eines gewiſſen Rechtsgeſchäfts nur gewählt iſt, um eine ſolennere Form für das wirklich beabſichtigte Geſchäft zu haben. So beſtand die Mancipationsform in einer imaginaria venditio (nummo uno), und in Nachahmung derſelben pflegte man bey der Uebertragung (z. B. durch Schenkung) ſolcher Sachen, bey denen die Mancipation unzuläßig war, z. B. Provincialgrundſtücken, ebenfalls eine venditio nummo uno vorzunehmen, vgl. Lex thoria Z. 49.

keit der Erklärung, wenn ſie denſelben Grad erreicht, daß etwas anderes geſagt worden iſt, als man gewollt hat; es iſt ein Wille ohne Erklärung und eine Erklärung ohne Willen, weder das eine noch das andere iſt ein Rechtsgeſchäft [dd]). Iſt dagegen die Erklärung nur zweideutig (ambiguus sermo), ſo kommt es darauf an, ob ſich ermitteln läßt, welche Bedeutung dem Willen entſpricht; in dieſem Fall iſt der Wille wirklich erklärt [ee]), im entgegengeſetzten fehlt es an einem erkennbaren Willen, ohne den kein Rechtsgeſchäft gedacht werden kann.

CCIII. Wir haben Willen und Entſchluß auf der einen, und Aeußerung des Willens, die gleichſam den Körper des Rechtsgeſchäfts bildet, auf der andern Seite unterſchieden. Hier entſteht die Frage, ob beides unter verſchiedene Perſonen vertheilt vorkommen kann, ſo daß ein Anderer den Willen hat, der ſich in dem Rechtsgeſchäft verkörpern ſoll, alſo erwerben, veräußern, ſich verpflichten, überhaupt über den Gegenſtand des Rechtsgeſchäfts disponiren will, ein Anderer aber dieſen Willen ausführt, alſo die Handlung, in der jener Wille ſeine rechtliche Wirkſamkeit erhält, vornimmt. Die Frage läßt ſich von Seiten des Erſten ſo ausdrücken: kann man durch einen Andern, einen Stellvertreter, handeln? von Seiten des Repräſentanten: kann man für einen Andern, in ſeinem Namen, handeln, und dadurch denſelben Erfolg hervorbringen, wie wenn jener ſelbſt gehandelt hätte?

Die Regel iſt: wer durch eine Handlung in ein gewiſſes Rechtsverhältniß geſetzt werden ſoll, muß dieſe Handlung ſelbſt vornehmen, Handlungen durch Stellvertreter ſind unzuläßig. Dieſe Regel iſt eine natürliche, und unter einfachen

---

dd) L. 3 D. de rebus dub. (34, 5): — qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.

ee) In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat quod volumus — L. 3 cit.

Verhältniſſen, ſo lang ſie dem Verkehr nicht allzugroße Beſchränkungen auferlegt, heilſam, da ſie die Sicherheit des Rechts begünſtigt. Soweit es ſich um übertragbare Rechtsverhältniſſe handelt, ſchließt ſie die Intervention einer andern Perſon nicht aus. Wenn ich auch z. B. nicht jemanden bevollmächtigen kann, daß er für mich von Titius eine Sache ſich mancipiren laſſe, ſo kann er doch ſelbſt von Titius das Eigenthum erwerben, und mir ſodann durch eine zweite Mancipation übertragen.

Die Regel hat aber ſofort eine Modification durch den Satz erlitten, daß wir durch die Perſonen, die in unſerer potestas, manus oder mancipium ſtehen, erwerben; die Natur dieſer Gewalten bringt es mit ſich, daß die Erwerbshandlungen des Unterworfenen, der keines eigenen Vermögens fähig iſt, ſo beurtheilt werden, als wenn ſie der Gewalthaber vorgenommen hätte[a]). Alſo bleibt die Regel in ihrem vollen Umfang nur in Beziehung auf freie Repräſentanten ſtehen: für Erwerb ſowohl: per extraneam personam (eine unſerer Gewalt nicht unterworfene) nil adquiri[b]), als für Verpflichtung.

Auch hier machte ſich das Bedürfniß von Ausnahmen geltend. Mit der Ausdehnung des juriſtiſchen Geſchäftsverkehrs der wohlhabenden Bürger über einen großen Theil der bekannten Welt, und den vermehrten Veranlaſſungen zeitiger Entfernung von dem Mittelpunkt ihrer Geſchäfte konnte die alte Beſchränkung nicht mehr feſtgehalten werden. Vor allem wurde die Zulaſſung von Stellvertretern im Proceß nothwen-

---

a) Gai. II. 86. Nur giebt es freilich Handlungen, von denen dieſe Unterworfenen ſchlechterdings ausgeſchloſſen ſind. So können ſie dem Gewalthaber nicht durch legis actio etwas erwerben, wem z. B. durch in iure cessio übertragen werden ſoll, der muß die Vindicationsworte ſprechen, worin er ſich das Recht zuſchreibt (§. 161), was ein nothwendig Vermögensloſer nicht thun kann Gai. II. 96.

b) Gai. II. 95.

dig, um auch dem Entfernten oder gegen Entfernte Klagen bey dem römiſchen Prätor möglich zu machen; dieß geſchah theils durch den Umweg, daß der Stellvertreter die Rechte erwarb und die Verbindlichkeiten auf ſich nahm, um ſich dann mit ſeinem Auftraggeber auseinanderzuſetzen, theils auch ſo, daß dieſer direct durch die Proceßführung ſeines Repräſentanten berechtigt und verpflichtet wurde, alſo eine vollkommene Ausnahme von jener Regel eintrat (§. 156). Mit dieſer Zulaſſung von Procuratoren und Cognitoren im Proceß hatte man auch die Möglichkeit gewonnen, Contracte durch Andere ſchließen zu laſſen. Der Procurator wurde dadurch Gläubiger oder Schuldner, aber der Dominus erhielt von ihm die Forderung oder trat in die Schuld ein, indem der Procurator (als eigentlicher Gläubiger oder Schuldner) ihn zum cognitor oder procurator für eigene Rechnung (in rem suam) machte, nöthigenfalls behandelte ihn der Prätor ipso iure ſo, indem er ihm oder gegen ihn utiles actiones gab [c]). So war der Grundſatz nicht gebrochen, daß der nur Gläubiger oder Schuldner wird, welcher den Contract geſchloſſen hat, deſſen Beſeitigung gerade bey den Obligationen ſehr mißlich geweſen wäre, und doch war das Reſultat, um das es ſich handelte, Contracte für unſere Rechnung durch Andere abſchließen zu laſſen, praktiſch erreicht [d]). Auch Verpflichtungen des Gewalthabers durch die

---

c) Näher wird von dieſem Verhältniß bey den Obligationen gehandelt werden.

d) Der Grundſatz wird ausgeſprochen in L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (wenn wir nicht zunächſt Gläubiger oder Schuldner durch den von uns geſchloſſenen Contract werden), inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere (auf die Beſchaffenheit des Contracts kommt nichts an), ut alter suo nomine (im Gegenſatz zu einem procurator in rem suam) recte agat, possumus. Das recte hat vielleicht die Bedeutung von directe, und iſt im Gegenſatz zu den utiles actiones (ſ. vorhin) geſagt.

Unterworfenen anerkannte der Prätor in gewiſſen Fällen, der Erwerb dagegen von Forderungen folgt hier ſchon aus der Natur der Gewalt (ſ. oben).

Bey der Erwerbung anderer Vermögensrechte außer den Obligationen konnte man noch einen Schritt weiter gehen, man konnte einen directen Erwerb durch die Handlung des Procurators, ohne daß das Recht durch dieſen hindurchgeht, alſo mit der ganzen Wirkung, wie wenn der Mandant die Erwerbshandlung vorgenommen hätte, und ſomit eine volle Ausnahme von der Regel: per extraneam personam nil adquiri, zulaſſen. Aber die Römer waren weit entfernt, die Regel, deren Vortheile ſie nicht verkannten, ohne Noth aufzugeben oder durch eine unbeſchränkte Zahl von Ausnahmen zu untergraben. Bey gewiſſen Erwerbsarten war ihnen eine Befreiung von der Regel ohnedieß undenkbar, wie bey der in iure cessio (legis actio); ſie fanden ebenſowenig Veranlaſſung, von ihr bey andern ſolennen Acten des Jus civile abzugehen. Dagegen lag es nahe, anzunehmen, daß man ſich durch die Thätigkeit eines Andern in den Beſitz ſetzen könne, da es ja von jeher ausgemacht war, daß man einen erworbenen Beſitz durch Hülfe Anderer, die ihn für uns manuteniren, fortſetze. Nahm man aber die Möglichkeit des Beſitzerwerbs durch freie Mittelsperſonen an, ſo folgte daraus die des Eigenthums- und ſonſtigen Rechtserwerbs in allen den Fällen, wo dieſer eine Folge des Beſitzerwerbs (namentlich durch Tradition) iſt, und damit hatte man in der That, mittelſt dieſer einzigen Ausnahme von der Regel, dem dringenden Bedürfniß einer Möglichkeit durch Procuratoren Erwerbungen zu machen, entſprochen [e]). Es dauerte indeſſen längere Zeit, bis dieſe Ausnahme allgemein angenommen wurde, indem es noch am Anfang der

---

e) Auch die Möglichkeit einer vollkommen wirkſamen Zahlung an den Procurator des Gläubigers hatte man damit erlangt. Anders bey der formellen solutio per aes et libram.

dritten Periode Juriſten gab, die den directen Erwerb des Beſitzes durch einen Procurator verwarfen, und eine doppelte Uebertragung: an den Procurator und von dieſem an den Dominus forderten[f]). Bezweifelten dieſe ja ſogar den Beſitzerwerb durch die Perſonen, die in unſerer Manus oder Mancipium ſind, und ließen ihn nur durch Sclaven zu, inſofern der Herr ſie beſitzt, ſo daß lediglich der Beſitz des Sclaven auch den Beſitz durch ihn nach ſich ziehen ſollte[g]). Sie mochten auch durch die Sclaven das Bedürfniß für hinlänglich gedeckt halten. Es hat daher nichts auffallendes, wenn noch Gaius dieſer Frage als einer beſtrittenen gedenkt[h]). Doch war ſchon damals die Ausnahme als herrſchende Anſicht zu betrachten, ſie kommt bey Labeo (wenn auch nicht in ihrem wahren Gewand) vor, Javolenus bekräftigt ſie[i]), Neratius (unter Trajan) ſagt: per procuratorem possessionem apisci nos, *iam fere convenit*[k]), ſie wurde durch die Principes beſtätigt[l]), und ſo gab es bald keinen Juriſten mehr, der ſie noch bezweifelt hätte. Die Theorie über den Erwerb durch freie Reprä-

---

f) Die Lex Thoria (Kap. 33 bey Rudorff, Zeitſchrift X S. 178 vgl. dazu die Verbeſſerung von Huſchke in den krit. Jahrb. für D. Rechtswiſſ. 1841 S. 610) konnte die Uebergabe zugetheilter Grundſtücke an Procuratoren zur Erleichterung des Geſchäfts anordnen, ohne daß daraus eine allgemeine Anerkennung jener Ausnahme folgt.

g) Gai. II. 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

h) Gai. II. 95, eine Stelle, die allerdings lückenhaft iſt, aus der aber (verglichen mit den Inſtitutionen Juſtinian's) das im Text Bemerkte mit Entſchiedenheit hervorgeht.

i) L. 51 D. de adqu. poss. (41, 2).

k) L. 41 D. de usurp. (41, 3).

l) Severus und Antoninus L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32) beziehen ſich darauf als auf einen unzweifelhaften Satz: tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est (Savigny Recht des Beſitzes S. 363).

ſentanten iſt daher nun folgende: durch die Handlungen anderer unſerer Gewalt nicht unterworfener Perſonen erwerben wir (direct) nichts außer dem Beſitz [m]). Denſelben Satz drückt Modeſtinus durch die nur ſcheinbar allgemeineren Kategorien aus: der civile Erwerb kann nur durch unfreie, der naturale auch durch freie Repräſentanten geſchehen; von allen naturales adquisitiones iſt es nur die des Beſitzes (Tradition, Occupation), wobey überall von Stellvertretern die Rede ſeyn kann [n]).

Es iſt bisher von der Vertretung in der Ausführung des Willens die Rede geweſen, der Wille des Erwerbers ſelbſt

---

m) Wörtlich ſagen dieß Paul. V. 3, 2. Diocletian. L. 1 C. per quas pers. (4, 27) §. 5 I. per quas pers. (2, 9).

n) L. 53 D. de adqu. dom. (41, 1): Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Es ergiebt ſich ſchon aus der Ausdrucksweiſe, daß der Beſitz nicht bloß ein Beiſpiel, ſondern der einzige Fall war, was denn auch durch alle andern Quellen beſtätigt wird. Das Beiſpiel für den erſten Satz dagegen: veluti stipulationem rührt ganz gewiß von den Compilatoren her, die es der von Modeſtin ſicher erwähnten Mancipation ſubſtituirten, da von allen civilen Eigenthumserwerbsarten, die noch im juſtinianiſchen Recht gelten, keine paßte. Dieſe Verlegenheit iſt dem Beiſpiel anzuſehen, das zwar einen Fall des Erwerbs durch Unterworfene enthält, aber in dieſem Zuſammenhang ganz ungeſchickt iſt, denn erſtens iſt nicht einmal jede Stipulation iuris civilis, zweitens ſteht ſie mit dem Gegenſatz, der Poſſeſſio, gar nicht auf gleicher Linie. Savigny (Syſtem III §. 113) will aus dieſem Beiſpiel: velut stipulationem, für das juſtinianiſche Recht wenigſtens, die Lehre ziehen, durch einen contractus iuris gentium z. B. Kauf, den ein Procurator ſchließe, könne man direct Gläubiger werden (man müßte ſagen auch durch Stipulation, wo ſie iuris gentium iſt); durch dieſes faſt unmerkliche Einſchiebſel wären ſo ausführliche und beſtimmte Stellen wie die in Note d und m enthaltenen für Antiquitäten erklärt. Ich halte dieß ſchon an ſich für unwahrſcheinlich, noch mehr aber bey der Beſchaffenheit eben jenes Beiſpiels, das die Verlegenheit ſeines Urhebers an der Stirne trägt.

wurde dabey immer vorausgeſetzt o). Bey gewiſſen Perſonen iſt es aber zu einer Repräſentation gekommen, die ſich auf den Willen erſtreckt. So bey den juriſtiſchen, wovon ſchon oben die Rede war (§. 203 a. A.). Daſſelbe iſt angenommen bey den Bevormundeten. Dieſe Art der Vertretung liegt in der Adminiſtration, die dem Vormund übertragen iſt, natürlich unabhängig von dem Willen des Mündels, deſſen factiſche Untüchtigkeit zu dieſem Beruf eben die Veranlaſſung jener Maßregel iſt. Der Vormund kann für den Mündel ohne deſſen Willen erwerben und ihn verpflichten, das Amt des Vormundes und die darin liegende Vollmacht tritt an die Stelle des Auftrags. Dieſe Repräſentation iſt aber in dieſelben Gränzen eingeſchloſſen, wie die der freien Stellvertreter überhaupt, und ſie hat ſich wie dieſe nur allmählich entwickelt.

CCIV. Der Inhalt eines Rechtsgeſchäfts wird zum Theil durch ſeine rechtliche Natur ſelbſt gegeben; inſoweit iſt er von der Willkühr der Handelnden unabhängig, eine Veränderung deſſelben würde zur Folge haben, daß das Geſchäft entweder nichtig wäre, oder wenigſtens in ein anderes übergienge. Man nennt dieß die weſentlichen Beſtandtheile eines Rechtsgeſchäfts (essentialia negotii), ein ſolcher iſt z. B. bey der Eigenthumsübertragung durch Tradition die Ueberlieferung des juriſtiſchen Beſitzes, der Vorbehalt dieſes durch den Tradenten und die Beſchränkung des Empfängers auf den natürlichen Beſitz würde dem Act jene Bedeutung nehmen. Neben dieſen weſentlichen kann das Rechtsgeſchäft aber ſolche Beſtandtheile enthalten, die von dem Belieben der Handelnden abhängen, ſie beruhen auf ihrem Willen und können fehlen, ohne daß der Charakter des Rechtsgeſchäfts verändert wird. Dieſer außerweſentliche

---

o) Nur bey der Erwerbung von Rechten durch die Unterworfenen kommt es der Regel nach auf den Willen des Gewalthabers nicht an, weil ſie aus der Natur der Gewalt ſelbſt folgt.

Inhalt eines Rechtsgeſchäfts iſt von doppelter Art. Es giebt Beſtimmungen, die bey gewiſſen Geſchäften im allgemeinen und abgeſehen von beſonderen Umſtänden als billig und zweckmäßig erſcheinen, ſo ſehr, daß ſie im Zweifel als Wille der Handelnden angenommen werden müſſen, wenn auch die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeſchloſſen wird. Sie hängen von dem Willen der Handelnden ab, und können daher beſeitigt, aber ſie brauchen nicht beſonders feſtgeſetzt zu werden, da man jenen auf ſie gerichteten Willen vermuthet. Man hat ſie die natürlichen Beſtandtheile (naturalia negotii) genannt, ein ſolcher iſt z. B. bey der Tradition in Folge eines Kaufs, daß das Eigenthum nicht übergeht, bis der Verkäufer wegen des Kaufpreiſes befriedigt iſt. Alle andern Beſtandtheile, die rein auf den wirklich erklärten Willen der Handelnden geſtellt ſind, ſo daß ſie nicht einmal vermuthet werden, heißen zufällige (accidentalia negotii), ein ſolcher iſt z. B. ſtets die Abänderung eines naturale.

Die Beſtimmungen, die in einem Rechtsgeſchäft gemacht werden, ſind theils Haupt- theils Nebenbeſtimmungen. Jene ſind die, deren Inhalt der Zweck des Rechtsgeſchäfts ſelbſt iſt, z. B. die Erklärung des Willens Eigenthum zu erwerben, ein Recht zu übertragen, eine Forderung zu erhalten, eine Verbindlichkeit zu übernehmen. Nebenbeſtimmungen, die den Hauptinhalt modificiren, ihn zu beſchränken, zu erweitern, zu ſichern beſtimmt ſind. Das Wort conditio, Bedingung, begreift zuweilen alle dieſe Nebenbeſtimmungen [a]), ja auch wohl alle Feſtſetzungen, die bey einem Geſchäft auf dem Willen der Handelnden beruhen [b]). In einem engeren Sinn heißen Bedingungen nur die Vorausſetzungen eines Rechtsgeſchäfts oder eines Beſtandtheils deſſelben, von denen ſein Daſeyn abhängig iſt. Dadurch ſind unter andern zwey Arten von Nebenbeſtimmun-

---

a) Z. B. L. 10 §. 1 D. de lege rhod. (14, 2).
b) Z. B. L. 1 sqq. D. de in diem add. (18, 2).

gen von dem Begriff der Bedingungen ausgeſchloſſen: dies und modus. Ein dies oder Zeitbeſtimmung trifft nicht die Exiſtenz, ſondern nur die Wirkſamkeit des Geſchäfts, die dadurch beſchränkt wird, indem ſie entweder erſt von einem gewiſſen Zeitpunkt an beginnen, oder mit demſelben aufhören ſoll. So wenn jemand etwas verſprochen hat auf einen gewiſſen Tag, in diem, beſteht die Forderung ſchon jetzt, er iſt ſchon Schuldner, aber er kann vor jenem Tage nicht belangt werden. Dieſen Unterſchied zwiſchen Exiſtenz und Wirkſamkeit bey Forderungen bezeichnen die Römer mit den Ausdrücken diem cedere und diem venire [c]). So auch wenn jemand mit einem Endtermin, ad diem, verpflichtet werden ſoll, wird die obligatio durch das Erſcheinen dieſes Zeitpunkts eigentlich nicht aufgehoben, aber ſie verliert ihre Wirkſamkeit, der Schuldner wird gegen die ſpätere Klage geſchützt [d]). Ebenſowenig berührt ein modus, Zweckbeſtimmung, die Exiſtenz des Geſchäfts; es iſt die Nebenbeſtimmung, wodurch der Empfänger verpflichtet wird, das Empfangene zu einem gewiſſen Zweck anzuwenden [e]).

Vorausſetzungen der Exiſtenz eines Rechtsgeſchäfts oder ſeines Inhalts können durch die rechtliche Natur deſſelben gegeben ſeyn, iuris conditiones, conditiones quae tacite insunt, wie z. B. das Verſprechen einer Dos die Schließung der Ehe vorausſetzt, oder ſie können in dem Willen der Handelnden ihren Urſprung haben, facti conditiones. Bloß die letzteren ſind wahre Bedingungen [f]). Nur das iſt Bedingung, was die

---

c) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

d) L. 45 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 17 §. 4 D. de condit. (35, 1): Quod si cui in hoc legatum sit, *ut ex eo aliquid faceret*, veluti monumentum testatori, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

f) L. 21. 99 D. eod. L. 68 D. de iure dot. (23, 3).

Handelnden als ſolche feſtgeſtellt haben[g]). Eine ſolche Bedingung kann nun einen vergangenen, einen gegenwärtigen, oder einen künftigen Umſtand vorausſetzen[h]). Aber eine wahre Bedingung muß die Exiſtenz deſſen, was davon abhängig gemacht wird, ins Unentſchiedene ſtellen, dieß iſt nur bey einem künftigen Umſtand der Fall, bey einem vergangenen oder gegenwärtigen iſt die Entſcheidung ſchon eingetreten, wenn auch vielleicht noch unbekannt[i]), aus demſelben Grund muß der Umſtand ein ungewiſſer ſeyn[k]). Aus allem dieſem ergiebt ſich folgender Begriff der wahren Bedingung: ſie iſt die Vorausſetzung eines künftigen ungewiſſen Umſtands, von welchem der Wille der Handelnden die Exiſtenz des Rechtsgeſchäfts oder ſeines Inhalts ganz oder theilweiſe abhängig macht[l]).

Der Umſtand, der zur Bedingung gemacht iſt, kann ein Geſchehen oder Nichtgeſchehen von etwas ſeyn: die Bedingungen ſind entweder poſitive oder negative. Ferner kann er ein rein zufälliges Ereigniß ſeyn, ſey es, daß er überhaupt nicht vom menſchlichen Willen, oder wenigſtens nicht von dem der Perſon, welcher die Bedingung geſtellt iſt, abhängt: ut quid obtingat oder non obtingat, (Caſualbedingung), oder er kann von dem Willen dieſer Perſon abhängen: ut quid detur, ut quid fiat, oder ne detur, ne fiat. Hier kann wieder die Erfüllung der Bedingung rein auf den Willen dieſer Perſon geſtellt (Poteſtativbedingung), oder mit einem davon unabhängigen

---

g) Wenn mir die nächſte Ernte eines Grundſtücks vermacht iſt, ſo ſetzt dieſes Vermächtniß voraus, daß Früchte entſtehen (conditio *inest* legato), aber das Vermächtniß iſt kein bedingtes L. 25 §. 1 D. quando dies (36, 2). h) L. 16 D. de iniusto test. (28, 3).

i) L. 37—39 D. de reb. cred. (12, 1).

k) L. 9 §. 1 D. de novat. (46, 2): Qui sub conditione stipulatur, quae omnino extatura est, pure videtur stipulari.

l) Dieſer Begriff paßt auch auf einen dies incertus d. h. einen Zeitpunkt, von dem es ungewiß iſt, ob er erſcheinen werde, dieſer iſt aber auch in der That eine Bedingung, nur in der Form einer Zeitbeſtimmung ausgedrückt L. 75 D. de condit. (35, 1).

Ereigniß verknüpft ſeyn (conditio mixta) [m]). Ob die Bedingung zur einen oder andern dieſer beiden letzten Claſſen gehöre, kann von entſcheidendem Einfluß auf die Beantwortung der Frage nach der Erfüllung ſeyn; es entſcheidet darüber die Abſicht deſſen, der die Bedingung geſtellt hat [n]).

Die Exiſtenz des Rechtsgeſchäfts oder ſeines Inhalts kann auf doppelte Weiſe von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Der erſte Fall iſt, daß der Anfang dieſer Exiſtenz von der Bedingung abhängig gemacht wird: negotium sub conditione contrahitur, das Geſchäft iſt ein bedingtes, z. B. conditionalis stipulatio, man hat dieß eine Suſpenſivbedingung genannt. Der zweite Fall iſt, daß das Aufhören jener Exiſtenz auf die Bedingung geſtellt iſt, das Geſchäft iſt hier pure errichtet, aber es ſoll unter der gemachten Vorausſetzung aufgehoben ſeyn, negotium sub conditione resolvitur, das Rechtsverhältniß iſt in conditionem errichtet (Reſolutivbedingung) [o]). So lange die Bedingung unentſchieden iſt, pendente conditione, iſt im erſten Fall das davon abhängig gemachte Verhältniß nicht vorhanden. eine Forderung z. B. die unter einer (Suſpenſiv-) Bedingung gegeben iſt, exiſtirt nicht (neque cessit neque venit dies Note c), im zweiten Fall dagegen exiſtirt es,

---

m) L. 11 §. 1 L. 60 pr. D. de condit. (35, 1) L. un. §. 7 C. de caduc. toll. (6, 51): Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat —.

n) Es iſt z. B. dem Titius etwas vermacht, unter der Bedingung, daß er die Sempronia heirathet, oder daß er ſeinen Sclaven Stichus manumittirt. Er war bereit dazu, aber ehe es geſchehen konnte, ſtarb die andere Perſon. Iſt die Bedingung eine rein poteſtative, ſo iſt ſie für erfüllt zu achten, nicht ſo, wenn ſie eine vermiſchte iſt. Jenachdem nun der Teſtator bloß den Willen des Titius, oder geradezu das Ereigniß, das durch jenen Willen nur vermittelt wird, im Auge hatte, wird die Entſcheidung eine andere ſeyn müſſen, und ſolche verſchiedene Entſcheidungen kommen in unſeren Quellen vor: L. 23 §. 2 D. ad L. aquil. (9, 2) L. 54 §. 2 D. de legat. I (30) L. 101 pr. D. de condit. (35, 1).

o) L. 3 D. de contr. emt. (18, 1) L. 2 D. de in diem add. (18, 2) u. a.

ein Kauf z. B. dem die (Reſolutiv=) Bedingung beigefügt iſt, daß er aufgehoben ſeyn ſolle, wenn der Verkäufer einen beſſeren Käufer finden würde, beſteht vollkommen während der Unentſchiedenheit derſelben. Die Entſcheidung iſt entweder Erfüllung der Bedingung (expleta conditio, conditio existit)[p]), oder Nichterfüllung (deficit conditio)[q]). Die Wirkung der Deficienz der Bedingung iſt, daß in dem bisherigen Zuſtand keine Veränderung eintritt, außer daß die Ungewißheit beſeitigt und auch die Erwartung einer Veränderung ausgeſchloſſen iſt; durch die Nichterfüllung der Suſpenſivbedingung wird die Nichteriſtenz des Verhältniſſes, durch die der Reſolutivbedingung ſein dauerndes Daſeyn entſchieden. Umgekehrt verändert die Exiſtenz der Bedingung den bisherigen Zuſtand gänzlich: die der Suſpenſivbedingung bringt das Verhältniß, das bisher nicht exiſtirte, ins Daſeyn, die der reſolutiven vernichtet es, das bis dahin beſtand. Es fragt ſich aber: von welcher Zeit an wird dieſe Veränderung datirt? Das Einfachſte ſcheint: von der Zeit der Erfüllung der Bedingung; dieß iſt aber dem Weſen der Bedingung und der Abſicht, die ihr zu Grunde liegt, nicht angemeſſen. Wenn etwas feſtgeſetzt wird unter Vorausſetzung eines künftigen ungewiſſen Umſtands, ſo iſt die Abſicht: das Feſtgeſetzte (ſey es Seyn oder Nichtſeyn, Entſtehung oder Auflöſung) ſoll jetzt gelten, nur freilich unter jener Vorausſetzung, die wir als eine Bedingung hinzufügen, weil wir

---

p) Negative Bedingungen ſind erfüllt, wenn das, was nicht geſchehen ſoll, nicht mehr geſchehen kann z. B. die Bedingung, wenn Titius innerhalb eines Jahrs etwas nicht thun wird, ſo wie das Jahr verſtrichen, oder er ſchon vor deſſen Ablauf geſtorben iſt, ohne daß er es gethan hat.

q) Poſitive Beſtimmungen ſind unerfüllt, wenn das, was geſchehen ſollte, in der bey der Stellung der Bedingung beabſichtigten Art nicht mehr geſchehen kann, z. B. wenn es innerhalb einer gewiſſen Zeit geſchehen ſollte, ſo wie dieſe Zeit, ohne daß es geſchah, verſtrichen iſt. S. z. B. L. 29 D. de condit. (35, 1): Haec conditio: si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est: si cum primum potuerit Capitolium ascendere.

nicht allwiſſend ſind. Wenn wir jemanden etwas geben unter einer Bedingung, ſo iſt unſere Abſicht, ihn jetzt zum Eigenthümer zu machen, eine Abſicht, deren ſofortige Wirkung nur durch die Ungewißheit des zur Bedingung gemachten Ereigniſſes ausgeſchloſſen iſt; ebenſo, wenn wir ein Geſchäft für aufgehoben erklären unter einer Bedingung: es ſoll ſchon jetzt nicht beſtehen, nur iſt dieſer Erfolg ungewiß: der Eintritt dieſer Reſolutivbedingung ſtellt das bisherige Daſeyn des Geſchäfts als ein bloßes Scheindaſeyn dar. Daher iſt die Wirkung der erfüllten Bedingung auf den Zeitpunkt der Feſtſetzung zurückzubeziehen, die Zwiſchenzeit der Ungewißheit iſt nach der nun erlangten Gewißheit zu behandeln[r]), man hat dafür den Ausdruck gebildet: conditio existens retrotrahitur ad initium negotii, und ähnliche.

Nicht bey allen Rechtsgeſchäften ſind Bedingungen oder Bedingungen aller Art zuläßig. Es giebt Geſchäfte, die ihre Wirkung ſofort und entſchieden haben müſſen, wenn ſie überhaupt wirkſam ſeyn ſollen. So wie nun hier die Wirkung nicht durch einen dies hinausgeſchoben werden kann, ſo kann ſie auch nicht durch eine Bedingung ins Ungewiſſe geſtellt werden[s]). Manche Verhältniſſe laſſen eine willkührliche Beſchrän-

---

r) Für die Suſpenſivbedingung: L. 11 §. 1 D. qui potior. (20, 4) L. 16 D. de solut. (46, 3) u. a., für die Reſolutivbedingung: L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2) L. 19 D. de usurp. (41, 3) u. a. Es verſteht ſich ohnedieß, daß beide Arten von Bedingungen in Beziehung auf dieſen Grundſatz gleichſtehen. Nur ſchließt derſelbe nicht aus, daß unter beſondern Umſtänden Convenienz und Rückſicht auf die Intention der Handelnden eine allzuſtrenge Durchführung des Princips verhindern, und in Beziehung auf einzelne Wirkungen z. B. auf die in der Zwiſchenzeit bezogenen Früchte eine mehr der Zeitbeſtimmung analoge Behandlung fordern können.

s) Papin. L. 77 D. de R. I. (50, 17): Actus legitimi qui (non iſt offenbar einzuſchalten) recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnun-

kung ihrer Dauer nicht zu, daher keinen Endtermin, aber auch nicht, daß durch eine Reſolutivbedingung ihr Daſeyn wieder aufgehoben, das Geſchehene rechtlich ungeſchehen gemacht werde. Aber auch Bedingungen giebt es, die unſtatthaft ſind, es ſind die, wodurch eine rechtswidrige oder unſittliche Handlung befördert, ein Nachtheil für den ſie Unterlaſſenden, ein Vortheil für den ſie Begehenden beſtimmt werden ſoll[t]). Dieſe unſittlichen Bedingungen heißen turpes conditiones. Schon die Beifügung einer ſolchen Bedingung iſt eine Unſittlichkeit; wird ein Vertrag davon abhängig gemacht, ſo iſt der Vertrag ſelbſt ungültig[u]). Anders ſtellt ſich die Sache bey Teſtamenten, der, welchem etwas darin unter einer rechtswidrigen oder unſittlichen Bedingung hinterlaſſen wird, hat nicht, wie bey dem Vertrag, an dieſer unſittlichen Beſtimmung Theil genommen, es wäre unrecht, ihn für die ſchlechte Geſinnung des Teſtators zu beſtrafen, daher bleibt die Hinterlaſſung gültig, und die Bedingung wird geſtrichen oder erlaſſen[v]). Ein anderer Begriff iſt der einer unmöglichen Bedingung d. h. einer ſolchen, deren Erfüllung ein unmögliches Ereigniß vorausſetzen würde, ſey es natürlich unmöglich z. B. wenn zur Zeit des Vollmonds eine Sonnenfinſterniß eintreten wird, oder juriſtiſch z. B. wenn Titius den Marktplatz der Stadt verkaufen wird[w]).

---

quam tamen actus suprascripti tacite recipiunt quae aperte comprehensa vitium adferunt, nam si acceptum feratur ei qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

t) L. 14. 15 D. de condit. instit. (28, 7).

u) L. 123 D. de V. O. (45, 1).

v) L. 9. 14 D. de condit. inst. (28, 5) L. 112 §. 3 D. de legat. I (30).

w) L. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1): — ubi omnino conditio iure impleri non potest — nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet quod ius mutari potest, et id quod impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

Wer nun unter einer ſolchen conditio impossibilis etwas verabredet hat, der hat nichts verabredet; hat er die Unmöglichkeit gekannt, ſo kann man ihm gar nicht die ernſtliche Abſicht eines Rechtsgeſchäfts zuſchreiben, hat er ſie nicht gekannt, ſo hat er wenigſtens keine unbedingte Abſchließung gewollt; das Geſchäft gilt alſo nicht als bedingtes, weil es gewiß iſt, daß die Bedingung nicht erfüllt werden wird, und nicht als unbedingtes, weil dieſes nicht gewollt iſt. Dieſelbe Argumentation muß auch für teſtamentariſche Diſpoſitionen gelten, der Grund, welcher bey den unſittlichen Bedingnugen eine andere Behandlung derſelben bewirkte, tritt hier nicht auf gleiche Weiſe ein. Dieß behaupteten denn auch die Proculianer, die Sabinianer dagegen wollten dieſen Fall wie den der rechtswidrigen und unſittlichen Bedingungen behandeln; Gaius ſelbſt geſteht zu, daß dieſe Anſicht ſeiner Schule nicht hinlänglich begründet ſey [x]). Deſſenungeachtet finden wir, daß die Meinung der Sabinianer ſpäter die Oberhand gewonnen hat, wie ſie denn auch von Juſtinian recipirt worden iſt [y]). Sie ließ ſich in der That folgendergeſtalt begründen. Bey Teſtamenten muß im Zweifel die der Wirkſamkeit und Völligkeit der Diſpoſition günſtigere Auslegung angenommen werden, dem Teſtator bringt dieß keinen Nachtheil, bey dem entgegengeſetzten Verfahren würde die Gefahr, ſeinen Willen zu verfehlen, näher liegen [z]). In dem vorliegenden Fall hat er eine Diſpoſition und eine ihr widerſprechende Nebenbeſtimmung gemacht. Eines von beiden müſſen wir als ſeinen Willen annehmen, die Diſpoſition oder ihre Eludirung. Das erſte iſt der Geſinnung, die wir im allgemeinen bey einem Teſtator vorausſetzen dürfen, gemäß, das zweite würde, wenn er die Unmöglichkeit nicht gekannt hätte, ſeinem Willen zuwider ſeyn, nähme man aber Abſicht an, ſo wäre

---

x) Gai. III. 98.

y) Paul. III. 4b, 1. Ulpian. L. 3 D. de condit. (35, 1): *Obtinuit* impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.

z) L. 12 D. de R. I. (50, 17) L. 24 D. de reb. dub. (34, 5).

die Bedingung als eine Verhöhnung, mithin als eine Unſittlichkeit zu erklären, dieß aber würde auf daſſelbe Reſultat führen.

Die Wirkſamkeit des Rechtsgeſchäfts als ſolchen beſteht in der Erreichung ſeines Zwecks, alſo in der Hervorbringung oder Aufhebung des Rechts, auf das es gerichtet iſt. Sie wird vereitelt durch ſeine Ungültigkeit. Dieſe Ungültigkeit kann doppelter Art ſeyn.

1) Der erſte und einfachſte Fall iſt der, daß das Rechtsgeſchäft ſchlechthin nicht exiſtirt; es beſteht vielleicht die äußerliche Thatſache z. B. eine Willenserklärung, aber ſie hat ebenſowenig eine rechtliche Exiſtenz, als wenn gar nichts geſchehen wäre: es iſt kein Rechtsgeſchäft da, nullum est negotium, das Geſchäft iſt nichtig. Man nennt dieſe vollkommene Ungültigkeit, Nichtigkeit, Nullität[aa]). Die Folge davon iſt, daß das Recht nicht entſteht, das dadurch hervorgebracht, oder das Recht fortdauert, welches dadurch aufgehoben werden ſollte.

2) Es giebt aber noch einen andern Fall: das Rechtsgeſchäft iſt wirkungslos, weil jemand das Recht hat, es als ungültig zu behandeln, es anzufechten. In jenem erſten Fall wird es durch einen Rechtsſatz unmittelbar reſcindirt, in dieſem zweiten kann es von jemanden durch ein Rechtsmittel reſcindirt werden. Man kann dieſe unvollkommene Ungültigkeit Reſciſſibilität oder Anfechtbarkeit nennen. Es iſt z. B. jemand durch Drohungen vermocht worden, ein Rechtsgeſchäft vorzunehmen, das Geſchäft iſt nicht nichtig, aber er kann es durch exceptio oder durch in integrum restitutio unwirkſam machen. Das Rechtsgeſchäft iſt in dieſem Fall an ſich (ipso iure) gültig, es exiſtirt, und hat ſeine Wirkung z. B. Uebertragung des Eigenthums, Entſtehung oder Aufhebung der Forderung (darum

---

aa) Die deutſche Ausdrucksweiſe kann die Vorſtellung erwecken, es ſey ein Rechtsgeſchäft vorhanden, nur ſey es nichtig. Dieſes würde unrichtig ſeyn, ein nichtiges iſt kein Rechtsgeſchäft.

eben iſt die Ungültigkeit eine unvollkommene zu nennen), ſeine Ungültigkeit hängt a) von der Exiſtenz des Rechtsmittels ab, mit dem es anzufechten iſt, und dieſes kann möglicherweiſe wegfallen, wo dann das Rechtsgeſchäft beſteht, wie wenn ihm nie etwas entgegengeſtanden hätte[bb]), b) von dem Willen des zur Anfechtung Berechtigten, davon Gebrauch zu machen.

Ein anderer Unterſchied, der mit dem jetzt dargeſtellten nicht zuſammenfällt, betrifft die Zeit der Ungültigkeit. Ein Rechtsgeſchäft kann von Anfang ungültig ſeyn, oder es nachher werden. Beides kann bey beiden Arten der Ungültigkeit eintreten. Ein Rechtsgeſchäft iſt von Anfang nichtig, wenn es z. B. von einem Wahnſinnigen vorgenommen iſt, es wird nichtig, wenn ein weſentliches Erforderniß ſeines Beſtehens (nicht bloß ſeiner Errichtung) nachher wegfällt z. B. wenn der Eigenthümer eines Grundſtücks für dieſes eine Servitut ſich verſprechen läßt, die künftig beſtellt werden ſoll, wird die Stipulation vernichtet, ſo wie er das Eigenthum verliert[cc]). Es iſt ferner von Anfang reſciſſibel, wenn der Grund ſeiner Anfechtung ſchon bey ſeiner Errichtung exiſtirte, z. B. bey der Anfechtung wegen Zwangs, aber auch ein nachfolgender Umſtand kann es anfechtbar machen, z. B. eine Uebereinkunft über die Auflöſung eines Rechtsgeſchäfts, die aber nicht die Wirkung hat, daſſelbe ipso iure aufzuheben.

---

bb) Auch wie weit ſeine Wirkungen aufgehoben werden, hängt von der Beſchaffenheit des Rechtsmittels ab, z. B. ob wenn ich eine Eigenthumsübertragung anfechte, ich mit meinem Anſpruch auf eine gewiſſe Perſon beſchränkt bin, oder die hingegebene Sache jedem Andern, der ſie beſitzt, abfordern kann. In dem letzten Fall iſt dann der Erfolg der Reſciſſibilität ſo vollſtändig, wie der Nullität, nur wird er auf andere Art herbeigeführt. In der Vollſtändigkeit des Erfolgs liegt alſo der weſentliche Unterſchied beider Arten der Ungültigkeit keineswegs.

cc) L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1).

b. Schenkungen[a]).

CCV. Ein Rechtsgeſchäft kann zum Inhalt eine Veräußerung haben. Im allgemeinſten Sinn iſt darunter jedes abſichtliche Ausſcheiden eines Beſtandtheils aus unſerem Vermögen begriffen. Im engern Sinn wird der Ausdruck auf die Fälle beſchränkt, in denen damit die Vermehrung eines fremden Vermögens verbunden iſt: ein Beſtandtheil tritt aus dem Vermögen des Einen mit deſſen Willen heraus, und tritt zu dem des Andern hinzu (Veräußerung an einen Andern). Am anſchaulichſten geſchieht dieß, wenn der Beſtandtheil bey dieſem Wechſel ſeine juriſtiſche Form vollkommen beibehält, ſo wenn das Eigenthum einer Sache von dem Einen auf den Andern übertragen wird, an dieſen Fall pflegt man daher zunächſt bey dem Wort Veräußerung, alienatio, zu denken (res mea wird aliena). Dieſem am nächſten ſteht der Fall, wenn ein Beſtandtheil des Eigenthums z. B. eine Servitut beſtellt oder umgekehrt von dem Berechtigten dem Eigenthümer zurückgegeben wird, obwohl hier ſchon dieſer Beſtandtheil bey dem Wechſel eine andere Rechtsform erhält: bey dem Eigenthümer iſt er ein ununterſchiedener Theil ſeines Eigenthums, bey dem Andern ein beſonderes Recht, Servitut u. ſ. f. Aber auch die Fälle ſind Veräußerungsfälle, wo jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern aufgiebt, ohne daß dieſer ein Recht auch nur gleicher Art, oder ohne daß er überall ein Recht erwirbt z. B. Uebernahme einer Verbindlichkeit ſtatt des Andern, Aufgeben einer Forderung gegen den Andern, wodurch dieſer befreit wird. — Veräußerungsgeſchäfte ſind nicht bloß die, wodurch die Veräußerung unmittelbar ins Werk geſetzt wird z. B. Uebertragung des Eigenthums, Beſtellung des ius in re, Erlaß der Forderung, ſondern auch die, welche ſie begründen, daher die Ver-

---

a) Die neueſte Darſtellung dieſer Lehre, in welcher ihre wahren Grundlagen feſtgeſetzt und im Einzelnen durchgeführt ſind, giebt Savigny Syſtem IV §. 142 – 176.

träge, wodurch ſich jemand zur Veräußerung verpflichtet. Dieſe Verträge laſſen ſich übrigens nicht bloß als Vorbereitungen einer Veräußerung, ſondern auch zugleich ſelbſt als Veräußerungen auffaſſen; wenn ich mich gegen jemanden verpflichte, ihm meine Sachen zu geben, ſo iſt dieſer Vertrag der Grund der künftigen Veräußerung, inſofern wir darunter die Veräußerung des Eigenthums verſtehen[b]); ſofern aber ſein Vermögen durch die Forderung gegen mich ſchon vermehrt, und das meinige durch das Paſſivum, das ich übernommen, in der That ſchon vermindert iſt (da das, was ich ſchulde, nur noch nominell zu meinem Vermögen gehört), enthält jener Vertrag ſelbſt ſchon eine wirkliche Veräußerung.

Die Veräußerung kann nun in doppelter Art geſchehen:

1) Der Veräußernde erhält ein Aequivalent gegen das, was er aufgiebt, der Werth ſeines Vermögens ſoll alſo nicht vermindert werden, wenn auch vielleicht unwillkührlich ein entgegengeſetzter Erfolg eintritt, indem z. B. eine Sache um einen ihrem Werth nicht völlig entſprechenden Preis verkauft wird. Dieſe Veräußerungsgeſchäfte, bey denen die Abſicht auf eine ſpecifiſche, aber nicht auf eine Werthveränderung des Vermögens geht, können Tauſchgeſchäfte im allgemeinen Sinn genannt werden.

2) Der Veräußernde ſoll kein Aequivalent erhalten, die Abſicht iſt alſo auf eine Veränderung des Vermögens auch dem Werth nach gerichtet, unentgeltliche Veräußerung. Unter dieſen unentgeltlichen Veräußerungen iſt die Schenkung, donatio, ausgezeichnet, indem für ein Geſchäft, wenn es unter dieſen Begriff fällt, beſondere Beſtimmungen gelten. Darum iſt es von Intereſſe, den Begriff der Schenkung genau feſtzuſtellen.

Die Schenkung iſt vor allem eine Veräußerung, dadurch ſind von dieſem Begriff die Zuwendungen des Vermögens

---

b) L. 67 pr. D. de V. S. (50, 16): Alienatum non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur.

oder eines Theils deſſelben, die ſich auf deſſen Schickſal nach dem Tod des Verfügenden beziehen, ausgeſchloſſen. Wer einen Erben ernennt, entfremdet ſich ſein Vermögen nicht, da er in dem Erben noch immer als Subject des Vermögens gedacht wird (§. 191, 7); das Vermächtniß kann in gewiſſer Rückſicht eine Schenkung genannt werden und wird es auch [c]), aber der Teſtator mindert dadurch nicht ſein Vermögen, wie er es hat, ſondern die Erbſchaft, ein künftiges Vermögen, als deſſen Subject er künftig wird gedacht werden, aber jetzt nicht fungirt. Bey allen dieſen Verfügungen iſt der Geber (Teſtator) nicht das Subject der Güter, die er giebt, und der das Subject derſelben iſt (die juriſtiſche Perſon des Verſtorbenen) giebt ſie nicht. Darum iſt das Teſtament keine Veräußerung, und folglich keine Schenkung. — Ferner iſt das bloße Ablehnen eines Gewinns, einer Vermögensvermehrung, z. B. Ausſchlag einer Erbſchaft, eines Vermächtniſſes, keine Veräußerung [d]), und darum auch keine Schenkung [e]).

Die Veräußerung muß eine unentgeltliche ſeyn, eine reine Minderung des Vermögens. Dieſe Abſicht heißt liberalitas [f]), nur reicht dieſer Ausdruck weit über die Schenkung, ſelbſt über die Veräußerung hinaus, da er überhaupt einen in uneigennütziger Geſinnung, ohne Rückſicht auf den eigenen Vortheil vorgenommenen Act bedeutet [g]). Dadurch iſt zugleich jede Ver-

---

c) L. 36 D. de leg. II (31).

d) L. 6 §. 2 D. quae in fraudem cred. (42, 8).

e) Inſofern es mit der Abſicht, einem Andern dadurch einen Vortheil zuzuwenden, geſchieht, alſo hierin der Schenkung gleichſteht, kann es donatio genannt werden, aber eine eigentliche donatio iſt es nicht L. 5. §. 13. 14 D. de don. inter vir. (24, 1). In der That würde ſonſt auch die Ausſchlagung eines Geſchenks eine Schenkung ſeyn können.

f) L. 1 pr. D. de donat. (39, 5): — propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat —.

g) Z. B. L. 1 §. 1. 2 D. de precar. (43, 26). — Auf dieſes Erforderniß bezieht ſich die Unfähigkeit der Adminiſtratoren fremder Güter, zu ſchenken. Sie beſchränkt ſich nicht auf Schenkungen, ſondern

äußerung ausgeſchloſſen, zu welcher jemand rechtlich verpflichtet war, denn durch die Zahlung eine Schuld wird das Vermögen nicht verändert: donari videtur quod nullo iure cogente conceditur [h]). Dagegen verträgt ſich die Liberalität mit der Erfüllung der ſittlichen Pflicht der Dankbarkeit; daher ſind Schenkungen, deren Motiv Dankbarkeit iſt (remuneratoriſche), wahre Schenkungen [i]), d. h. der Geber kann dabey den animus donandi haben; hat er ihn freilich nicht wirklich gehabt, ſondern die Gabe als Bezahlung für den geleiſteten Dienſt betrachtet, ſo iſt es, weil er nicht rechtlich dazu verpflichtet war, zwar noch immer eine Liberalität, aber wegen des Mangels des animus donandi keine wahre Schenkung [k]).

Der Erfolg der Veräußerung muß die Bereicherung eines Andern (des Beſchenkten) ſeyn, in der Schenkung liegt ein Erwerb ex lucrativa causa [l]). Jede Vereitelung dieſes Erfolgs entzieht dem Geſchäft dem Charakter einer Schenkung [m]). Dadurch werden Verleihungen ausgeſchloſſen, die überhaupt nicht als Vermehrungen eines Vermögens aufzufaſſen ſind, wie z. B. die Manumiſſion, die Verleihung der Civität (obwohl das Wort donare im nichtjuriſtiſchen Sinn darauf angewendet wird), ferner alle Vermögenserwerbungen gegen Aufopferung eines entſprechenden Werths. Dagegen verträgt ſich die Schen-

---

gilt von jeder Liberalität L. 46 §. 7 D. de administr. tut. (26, 7) L. 7 D. de donat. (39, 5) L. 28 §. 2 D. de pact. (2, 14).

h) L. 82 D. de R. I. (50, 17). *i*) L. 10 §. 13 L. 12 D. mand. (17, 1).

k) L. 27 D. de donat. (39, 5). Ebenſo wird auch behandelt eine Remuneration für eine Lebensrettung, wo nur die Inäſtimabilität des geleiſteten Dienſtes jene Intention einer Bezahlung ausſchließt L. 34 §. 1 D. eod. Paul. V. 11, 6.

l) Nicht jede lucrativa causa iſt eine Schenkung (ſie kann z. B. auch Erbeinſetzung, Vermächtniß ſeyn), aber jede Schenkung iſt eine lucrativa causa.

m) Wer daher z. B. eine fremde Schuld bezahlt, macht dem Gläubiger kein Geſchenk, dagegen kann es (unter Vorausſetzung der übrigen Momente) ein Geſchenk an den Schuldner ſeyn.

kung mit der Auflage einer Zweckbeſtimmung, die donatio sub modo iſt eine wahre Schenkung, nur kann durch die Erfüllung des Modus (wenn er von der Art iſt, daß er das Vermögen afficirt) der Umfang der Bereicherung und ſomit der Betrag der Schenkung verringert werden[n]). Der Erfolg der Bereicherung iſt aber nicht hinreichend, es muß zugleich die Abſicht des Gebers auf dieſelbe gerichtet ſeyn, dieſe Abſicht iſt der animus donandi. Wer z. B. aus Irrthum ein indebitum zahlt, bereichert den Empfänger, aber ſchenkt nicht[o]).

In der Schenkung laſſen ſich zwei Elemente unterſcheiden: ein objectives, der Erfolg einer reinen Vermögensminderung auf der einen, einer Bereicherung auf der andern Seite, und ein ſubjectives, der animus donandi. Dieſer Wille darf aber, und dieß kommt als letztes Erforderniß zu den obigen hinzu, nicht bloß einſeitig in dem Geber vorhanden ſeyn, auch der Beſchenkte muß, um dieſes zu ſeyn, mit dieſem Willen übereinſtimmen, er muß das ihm Gewordene als Schenkung empfangen, die Schenkung iſt ein Vertrag[p]).

---

n) L. 18 pr. §. 1. 2 D. de donat. (39, 5).

o) L. 53 D. de R. I. (50, 17): Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

p) L. 19 §. 2 D. de donat. (39, 5): non potest liberalitas nolenti adquiri. Wenn ich z. B. den Gläubiger des Titius befriedige, ſo wird dieſer befreit auch ohne ſein Wiſſen, aber eine Schenkung iſt es nie, ehe er es erfährt und meiner Abſicht ihm zu ſchenken (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) zuſtimmt, die Schenkung acceptirt. Eben ſo kann ich jemand mit dem animus donandi zum Eigenthümer machen ohne ſein Wiſſen (durch ſeinen Sclaven L. 10 D. de donat.), aber als Beſchenkten kann ich ihn nicht betrachten, ohne daß er zuſtimmt. Ferner wenn ich ihm Geld als Geſchenk gebe, er es als Zahlung einer Schuld empfängt, geht Eigenthum über, aber es iſt keine Schenkung. Man hat gegen den erſten Fall eingewendet, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, und die andern Beſchränkungen der Schenkung würden dadurch ganz illuſoriſch werden, indem ihre Anwendung auf jenen Fall durch das bloße Nichtwiſſenlaſſen verhütet werden könnte (Savigny Syſtem IV S. 149). Dieß ſcheint nicht richtig. Denn die Wirkſamkeit des

Wenn nun auf dieſe Art der Begriff der Schenkung eng begränzt iſt: auf eine unentgeltliche Veräußerung zur Bereicherung eines Andern in dieſer von dem Bereicherten genehmigten Abſicht, ſo hat ſie auf der anderen Seite hinſichtlich der Modalität des Geſchäfts, in welchem ſie ſich verkörpert, eine ſehr weite Anwendung. Die mannigfaltigſten Rechtsgeſchäfte können durch jenen Inhalt Schenkungen werden (ſ. den Anfang dieſes §.). Die beiden Hauptfälle ſind[q]) 1) Schenkung einer Sache, rerum donatio, d. i. ſofortige Uebertragung des Eigenthums mit dem animus donandi; am nächſten ſteht dieſem Fall die Beſtellung eines ius in re; 2) Schenkung einer Forderung gegen den Schenker, Schenkung durch Verſprechen, wodurch ſich jemand donandi animo zu etwas verpflichtet. Man nennt dieß Schenkungsverſprechen, was nicht als ein Verſprechen zu ſchenken verſtanden werden darf: die Schenkung geſchieht durch das Verſprechen ſelbſt, die Erfüllung iſt keine Schenkung mehr, da ſie erzwungen werden kann. Natürlich wird, wie dort eine gültige Eigenthumsübertragung, ſo hier ein gültiges Verſprechen vorausgeſetzt, wodurch wirklich für den Beſchenkten eine Forderung entſteht, alſo ſein Vermögen vermehrt wird. Die Form dafür iſt die Stipulation, da aus einem bloßen Pactum keine klagbare Forderung entſpringt. Antoninus Pius hat in dieſer Hinſicht Schenkungen zwiſchen

---

Verbots (die Zurückforderung von dem Beſchenkten) kann gar nicht eintreten, ohne daß z. B. die beſchenkte Frau davon, wenigſtens jetzt, Kenntniß erhält, und ſie mag jetzt die Schenkung acceptiren oder nicht, wird ſie die für ſie bezahlten Gelder, ſo weit ſie dadurch bereichert iſt, zurückzahlen müſſen, da die Schenkung in beiden Fällen ungültig iſt, nur aus verſchiedenen Gründen, dort wegen Verbots, hier wegen Mangels der Acceptation.

q) Sie werden auch hervorgehoben in L. 3 §. 10 L. 32 §. 1 D. de don inter vir. (24, 1). In der erſten Stelle wird noch das Beiſpiel des Erlaſſes einer Forderung, als ein eben ſo nahe liegendes, hinzugefügt.

Eltern und Kindern begünſtigt, es ſoll hier mit der Form nicht genau genommen werden, jede ſichere Willenserklärung ſoll hinreichen, um dem animus donandi ſeine Wirkung zu geben [r]). Juſtinian hat dieß auf alle Perſonen ausgedehnt, ſo daß alſo nun eine klagbare Forderung aus einem Pactum darum entſteht, weil es unter den Begriff einer Schenkung fällt [s]). — Das Geſchäft, wodurch die Schenkung geſchieht, kann übrigens nicht bloß ein reines Schenkungsgeſchäft ſeyn, ſondern auch noch daneben einen andern Inhalt haben, ſo kann z. B. die Schenkung mit einem Kauf ſich verbinden, wenn donationis causa der Preis geringer oder höher als der Werth der Sache geſtellt wird, es iſt hier theilweiſe verkauft oder gekauft, theilweiſe geſchenkt [t]).

Die Schenkung kann durch eine Bedingung auf den Tod des Schenkers geſtellt werden, eine ſolche heißt mortis causa donatio. Das Gemeinſchaftliche aller Fälle derſelben iſt, daß ſie erſt durch den Tod des Schenkers vollendet, und daß dieſe Perfection durch den früheren Tod des Beſchenkten ausgeſchloſſen wird [u]). Dieß hindert nicht, daß ſchon jetzt das Recht, welches den Gegenſtand der Schenkung ausmacht, z. B. das Eigenthum auf den Beſchenkten übertragen werde, es geſchieht dieß widerruflich (jene Bedingung hat hier die Bedeutung einer Reſolutivbedingung, im entgegengeſetzten Fall die einer Suſpenſivbedingung) [v]). Aber eine ſchon jetzt unwiderruflich geſchehene iſt keine mortis causa donatio [w]). Zu jenem gemeinſchaftlichen Inhalt kann nun noch die freie Widerruflichkeit

---

r) Fragm. vat. 314. L. 4 C. Th. de don. (8, 12).

s) L. 35 §. 5 C. de donat. (8, 54) §. 2 I. de donat. (2, 7).

t) L. 5 §. 5 D. de donat. inter vir. (24, 1).

u) L. 1. 32. 35 §. 2 D. de mortis c. don. (39, 6): — et hoc est quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum.

v) L. 2. 29 D. eod. *w*) L. 27 D. eod.

durch den Schenker hinzukommen, ſo daß die Schenkung nicht bloß durch den früheren Tod deſſelben, ſondern auch durch ſeinen willkührlichen Widerruf vernichtet wird, ja dieſer Vorbehalt der Willensänderung iſt ſtillſchweigend zu vermuthen[x]). Ferner was das Motiv der Schenkung anlangt, kann ſie durch eine gegenwärtige oder unmittelbar bevorſtehende Lebensgefahr oder auch nur durch den Gedanken an den Tod überhaupt veranlaßt, und im erſten Fall davon abhängig gemacht ſeyn, daß der Schenker in jener Lebensgefahr ſeinen Tod findet[y]). Dieſe Schenkung Todes halber nähert ſich den letztwilligen Diſpoſitionen, und iſt in vielen Stücken ihnen gleichgeſtellt worden. Jede andere Schenkung, auf welche der Tod des Schenkers jenen Einfluß nicht hat, iſt eine donatio inter vivos, ſie iſt eine vera et absoluta donatio entweder ſchon jetzt, oder (da auch ſie möglicherweiſe von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann) kann es wenigſtens ohne Rückſicht auf den früheren oder ſpäteren Tod des Schenkers werden[z]).

CCVI. Eine Veräußerung kann in ihrer Rechtsbeſtändigkeit dadurch beeinträchtigt ſeyn, daß ſie unter den Begriff der Schenkung fällt. Drey Fälle kommen vor:

1) ſie iſt ganz ungültig, wenn ſie eine Schenkung unter Ehegatten iſt; dieß bezieht ſich nur auf donationes inter vivos, eine mortis causa donatio unter Ehegatten iſt nur Vorbereitung einer Schenkung, die Schenkung ſelbſt wird erſt dann vollendet, wenn die Parteien (durch den Tod des Schenkers) aufgehört haben, Ehegatten zu ſeyn, alſo die Anwendbarkeit des Verbots wegfällt[a]);

2) ſie iſt ganz oder theilweiſe ungültig, wenn ſie das ge=

---

x) L. 16 D. eod. y) L. 3—6. 35 §. 4 D. eod.
z) L. 35 §. 2 L. 42 §. 1 D. eod.
a) L. 9 §. 2 L. 10. 11 D. de don. inter vir. (24, 1).

ſetzliche Maß überſchreitet, oder nicht in einer gewiſſen beſonderen Form geſchloſſen iſt, ſofern ſie nicht zu den von dieſen Beſchränkungen befreiten gehört; dieß bezieht ſich ebenfalls nur auf Schenkungen inter vivos [b]);

3) ſie kann aus andern Gründen widerrufen werden; auch dieß bezieht ſich vornehmlich auf donationes inter vivos, da bey Schenkungen Todes halber regelmäßig ohnehin ein willkührlicher Widerruf ſtattfindet; iſt aber dieſer beſchränkt, ſo kann auch bey ihnen jener exceptionelle Widerruf in Anwendung kommen.

Von dieſen drey Einſchränkungen kann das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, ſoweit es eine eigenthümliche Natur hat, erſt im Zuſammenhang mit dem Eherecht dargeſtellt werden, es iſt daher hier nur von den beiden andern etwas näheres anzugeben. Zunächſt von der dritten.

Eine gültige und unwiderrufliche Schenkung enthält an ſich eine ſo vollſtändige und definitive Veräußerung als irgend ein anderes Veräußerungsgeſchäft. Dennoch giebt es Fälle, wo der Umſtand daß die Veräußerung ſchenkungsweiſe geſchah, dem Geber eine Zurückforderung gewährt [c]). Altes Recht war es, daß Schenkungen des Patrons an den Freigelaſſenen während des Lebens beider frey widerrufen werden konnten [d]), daſſelbe galt ohne Zweifel auch von den Schenkungen des Vaters an ſeine (emancipirten) Kinder, zu denen er ſich als parens manumissor in einem ähnlichen Verhältniß befindet [e]).

---

b) S. noch unten bey der Wirkung der Lex Cincia.

c) Durch die Schenkung kann das Recht eines Dritten verletzt ſeyn z. B. die Anſprüche der Gläubiger, der Pflichttheil der Notherben, das Erbrecht des Patrons; daß dieſe Perſonen die ſie verletzende Schenkung ganz oder theilweiſe umſtoßen können, gehört nicht hieher.

d) Fragm. vat. 272 (Philipp.) 313 (Dioclet. im J. 296).

e) Es geht unter andern aus folgender Rechtsentwickelung hervor. Eine Schenkung des Vaters an die in potestate iſt nichtig, weil er

Andern Aſcendenten wird dieſes Recht abgeſprochen[f]). Diocletian beſchränkte die Revocation der Väter auf den Fall, wenn ſie ein pflichtwidriges Benehmen der Kinder gerichtlich erweiſen würden[g]), anderen Schenkern wurde das Recht wegen Undanks des Beſchenkten zu revociren, wiederholt verſagt[h]). Wenig ſpäter iſt auch das Recht der Patrone auf den Fall der erweislichen Undankbarkeit beſchränkt worden[i]), Conſtantius und Conſtans haben noch einen zweiten hinzugefügt: wenn dem Patron nach der Schenkung Kinder geboren werden[k]). Dieſelben Kaiſer, indem ſie Diocletian's Geſetz vom Vater (Note g) erneuern, haben der Mutter 349 das Recht gegeben, wegen Impietät der Kinder die an ſie gemachten Schenkungen zur Hälfte zurückzunehmen, was ſie 358 auf das Ganze erſtreckten[l]). Juſtinian endlich dehnte die Revocation

---

überhaupt kein Recht an ſie übertragen kann, ſie wurde auch durch ſeinen Tod ohne Willensänderung nicht gültig Fragm. vat. 294 (Papinian); die Schenkung an die Emancipirten dagegen wurde unwiderruflich durch den Tod. Als nun ſpäter die letztere dem willkührlichen Widerruf entzogen wurde, übertrug man die Convaleſcenz durch den Tod auf die erſtere, Dioclet. L. 18 pr. C. fam. erc. (3, 36) Iustinian. L. 25 C. de don. inter vir. et uxor. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione (5, 16).

f) L. 2. 3. 6 C. de revoc. donat. (8, 56).

g) Das Geſetz wird von Conſtantius und Conſtans in L. 2 C. Th. de revoc. don. (8, 13) erwähnt und wiederholt. (Fragm. vat. 279 Dioclet. im J. 286, ſetzt dieſen Rechtsſatz ſchon voraus.) So ſehr aber widerſprach dieſe Beſchränkung der gemeinen Rechtsanſicht, daß noch 426 Valentinian III ſie von neuem einſchärfen mußte L. 6 C. Th. eod. (L. 9 C. I. eod.) *h*) Fragm. vat. 275.

i) Im juſtinianiſchen Recht iſt dieß durch Interpolation der Conſtitution des Philippus (Note d) ausgedrückt L. 1 C. de revoc. don. (8, 56). Eine Verordnung Diocletian's von 296 (Fragm. vat. 313) enthält noch das alte Recht.

k) L. 3 C. Th. de revoc. don. (8, 13) v. 355 (L. 8 C. I. eod.).

l) L. 1. 4 C. Th. eod. Unter dieſen Umſtänden iſt es wohl nicht zuläßig, dieſes Revocationsrecht der Mutter als altes Recht zu betrach-

wegen Undanks auf alle Schenkungen aus, reducirte ſie aber zugleich auf beſtimmte Gründe, die allein zur Begründung des Widerrufs tauglich ſeyn ſollen m).

Wichtiger iſt die Aufſtellung eines Maßes, deſſen Ueberſchreitung, und einer beſonderen Form, deren Vernachläßigung die Schenkung unwirkſam machen kann. Dieſe Einſchränkung hat ihren erſten Urſprung in der Lex Cincia v. J. 550, von dem Volkstribun M. Cincius Alimentus gegeben n). Ein Theil ihres Inhalts iſt an einem andern Ort vorgekommen (§. 155), hieher gehören ihre Beſtimmungen über die Schenkungen o). Dieſer Inhalt des Geſetzes war zur Zeit der claſſiſchen Juriſten wenigſtens zum Theil noch gültig p). Von manchen Punkten

---

ten; es iſt nothwendig, in der Stelle Papinian's L. 31 §. 1 D. de donat. (39, 5) den letzten Satz als Interpolation zu nehmen, und das hat um ſo weniger gegen ſich, als er in der That der vorausgehenden Gedankenreihe widerſpricht.

m) L. 10 C. de revoc. don. (8, 56). *n*) Cic. Cato 4.

o) Von den Unterſuchungen über dieſen Inhalt des Geſetzes aus den früher ſchon bekannten Quellen iſt hervorzuheben: Savigny über die lex cincia de donis et muneribus, und deren ſpätere Umbildungen, Zeitſchrift IV. 1. Seit dieſer Zeit iſt in den zwey Titeln der vaticaniſchen Fragmente über Schenkungen eine neue reichhaltige Quelle hinzugekommen. Dieſe hat beſonders in den erſten Jahren nach ihrer Herausgabe mehrfache Bearbeitungen unſerer Lehre veranlaßt: von Rudorff (de lege cincia 1825) Wenck (Vorrede zu Haubold opusc. acad. I p. XXXVII sqq. 1825) Francke (Civil. Abhandl. 1826 S. 1 ff.) Klinkhamer (de donationibus 1826) Haſſe (Rhein. Muſeum I S. 185 ff. 1827, III S. 174 ff.) Unterholzner (Rhein. Muſeum III S. 153 ff.) Bruns: quid conferant vat. fragm. ad melius cogn. ius rom. (1838) p. 112 sqq. Vgl. noch Savigny Syſtem IV §. 165.

p) Paulus ſchrieb einen liber singularis ad L. cinciam L. 29 D. de legib. (1, 3), und die größeren Werke ſcheinen einen Theil der Schenkungslehre ſtets an dieſes Geſetz angeknüpft zu haben, woher es kommt, daß die vaticaniſchen Fragmente einen Titel mit dieſer Ueberſchrift geben: de donationibus ad legem cinciam. Paulus handelte in ſeinem Edictscommentar im 71 Buch davon: ad cinciam Fragm. vat. 298, bey den Exceptionen.

des damaligen Rechts iſt es nicht völlig gewiß, ob ſie auf Beſtimmungen des Geſetzes ſelbſt oder auf Ergänzungen durch andere Rechtsquellen beruhen. Die folgende Unterſuchung wird dieß näher darlegen.

Es beſtand ein altes Geſetz, welches Schenkungen über ein gewiſſes, uns unbekanntes Maß verbot[q]). Daß dieſes die Lex Cincia ſey, war ſchon nach unſeren früheren Quellen höchſt wahrſcheinlich, durch die vaticaniſchen Fragmente iſt es unzweifelhaft gemacht[r]).

Ferner iſt für Schenkungen eine gewiſſe Form vorgeſchrieben. Sie ſollen durch Uebertragung des Eigenthums und des Beſitzes geſchehen, und in letzterer Hinſicht überdieß mit dem Erfolg, daß der Beſchenkte in dieſem Beſitz geſchützt zu werden fordern kann. Erſt dann iſt die donatio perfecta, außerdem imperfecta[s]). Dieß ſtellt ſich bey den verſchiedenen Arten von

---

q) Ulpian's Fragmente enthalten die lückenhafte Stelle: prohibet, exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est quae etc. Ob L. 21 §. 1 D. de donat. (39, 5): — supra legis modum tibi promisit — L. 24 eod.: — qui donationis causa supra modum legis promisit — u. a. dafür angeführt werden können, ſteht dahin; wahrſcheinlich ſind dieſe Ausdrücke interpolirt ſ. unten.

r) Vornehmlich durch §. 304: excipit tutorem qui tutelam gerit, si dare volet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt, *nam permisit eis* (*in*) *infinitum donare.* Contra ut possit pupillus donare, non excepit.

s) Fragm. vat. 310—313. Daher wird §. 283 in einem Reſcript Diocletian's die Schenkung für ungültig erklärt, wenn die Sache ſo tradirt worden ſey, daß ſie nach dem Tod des Empfängers an den Geber zurückkehre; denn hier ſey kein Eigenthum übertragen, da dieſes nicht ad tempus gegeben werden könne. Es fehlte alſo eines jener Erforderniſſe. Im juſtinianiſchen Codex (L. 2 C. de don. sub modo 8, 55) iſt daher das Reſcript total verändert. — In L. 42 pr. D. de mortis c. don. (39, 6) wird ein ähnlicher Fall anders entſchieden, aber dort war nicht ad tempus, ſondern unwiderruflich, nur mit Fiducia,

Sachen ſo: bey Grundſtücken, die mancipi ſind, iſt Mancipatio und Traditio erforderlich[t]), bey ſolchen, die nicht mancipi ſind (Provincialgrundſtücke: praedia tributaria, stipendiaria), bloß Tradition[u]); bey beweglichen Sachen nach demſelben Unterſchied Mancipation und Tradition oder bloß die letztere, hier aber reicht dieß nicht aus: der Beſchenkte muß auch die Sache den größeren Theil eines Jahrs beſeſſen haben, weil er erſt dadurch den Schutz in dem Beſitz durch das interdictum utrubi (ſ. unten §. 225) gewinnt; erſt dann iſt die Schenkung perfect[v]). Die Mancipation kann durch Uſucapion erſetzt werden[w]). Durch dieſe Vorſchriften iſt ausgeſchloſſen die Schenkung durch irgend ein anderes Rechtsgeſchäft: durch Stipulation[x]), durch einen Erlaßvertrag[y]), Beſtellung eines Uſusfructus[z]) u. ſ. f. Auch für dieſe Anordnung einer Form iſt zu behaupten, daß ſie ſchon in der Lex Cincia gemacht worden iſt, es geht aus mehreren Stellen mit Sicherheit hervor[aa]).

Von dieſen beiden Vorſchriften ſind aber in der Lex Cincia

---

geſchenkt, auch iſt der Beſchenkte ein cognatus, alſo eine persona excepta (Keller in der Zeitſchr. für geſch. R. W. XII. 12. R.)

t) Fragm. vat. 313. *u*) Fragm. vat. 293. 313. *v*) Fragm. vat. 293. 311. *w*) Fragm. vat. 293. *x*) Fragm. vat. 310. 311.

y) L. 1 §. 1 D. quib. mod. pignus (20, 6).

z) Fragm. vat. 283 a. E. Im juſt. Codex (Note s) iſt dieſer Satz ganz weggelaſſen. — Durch die Beſchränkung der donatio auf Eigenthumsübertragung (abgeſehen von den ausgenommenen Perſonen) erklärt ſich, wie die juſtinianiſchen Inſtitutionen durch Nachahmung eines früheren Muſters (denn erfunden haben ihre Verfaſſer das ſchwerlich) darauf kommen konnten, den Titel von der Schenkung zu den Eigenthumserwerbsarten zu ſtellen.

aa) Fragm. vat. 310 wird geſagt, die Schenkung ohne jene Formen ſey bey exceptae personae gültig, weil hier die exceptio legis cinciae nicht entgegenſtehe. §. 259: die ohne die geſetzliche Form gemachte Schenkung werde durch den Tod des Schenkers ohne Willensänderung wirkſam, weil morte cincia removetur. In beiden Stellen alſo wird die Ungültigkeit wegen des Formmangels der Lex Cincia zugeſchrieben.

eine Anzahl von Perſonen ausgenommen: personae exceptae legis cinciae, welche frey ſchenken und nehmen können. Ausgenommen ſind unter ſich Cognaten bis zum fünften Grad und vom ſechſten sobrinus und sobrina, und die durch Poteſtas, Manus, Mancipium, oder Ehe mit einem ſolchen Verwandten verbunden ſind, von den Affinen privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor (ſoweit nicht die Schenkung um der Ehe willen unter ihnen verboten iſt, namentlich alſo wenn ſie divortii causa geſchieht), sponsus et sponsa. Ferner ſind Schenkungen des Freigelaſſenen an den Patron (und nach der Anſicht mancher römiſcher Juriſten auch an die Kinder des Patrons), des Tutors an den Pupillen ausgenommen, und an eine Cognatin ohne Beſchränknng des Grads, wenn die Schenkung den Zweck der Dotation hat[bb]). Jene Vorſchriften gelten alſo nur von den personae non exceptae, die exceptae können eine Schenkung über das geſetzliche Maß erhalten, und die Schenkung wird bey ihnen perfect nach den allgemeinen Grundſätzen, nicht erſt durch die Beobachtung jener Formen, alſo durch Eigenthumsübertragung, wenn unmittelbar eine Sache geſchenkt werden ſoll, Beſtellung einer Servitut, Stipulation, Erlaß u. ſ. f.[cc]). Das Geſetz enthält ebenſowohl eine Beſtätigung

---

bb) Fragm. vat. 298—309.

cc) S. die Stellen Note s bis x. (Daß die Promiſſion oder Eigenthumsübertragung hier zur Perfection der Schenkung ausreicht, beruht darauf, daß ſich der Beſchenkte mit der Actio, die ihm die Promiſſio, mit der Vindication, die ihm die Datio zu Wege gebracht hat, die Poſſeſſio beliebig ſelbſt verſchaffen kann. Die Vindication einer non excepta persona hingegen iſt durch die exceptio legis cinciae gehemmt. Will man alſo einer ſolchen wirkſam ſchenken, ſo muß man nächſt der Promiſſio oder Datio ihr auch noch zum Beſitz verhelfen; ja dieſer Beſitz muß (wie beim Kauf L. 11 §. 13 D. de A. E. V. 19, 1) ein völlig fehlerloſer ſein, ſonſt würde er ihr durch Interdicte wieder entzogen werden können, und ſie wäre dann auf ihre Vindicatio oder Actio be-

der Schenkungen an die exceptae, als ein Verbot an die non exceptae personae.

Das Geſetz bezieht ſich nur auf wahre Schenkungen[dd]). Hier aber iſt es, auch wenn das von ihm feſtgeſetzte Maß klein war, ſehr gemildert durch die Befreiung jener Perſonen, bey denen es im allgemeinen und von beſondern Umſtänden abgeſehen allein ein wirkliches Bedürfniß war, Schenkungen von einigem Belang zuzulaſſen. Eine noch bedeutendere Milderung aber lag in der Wirkung des Geſetzes.

Die Cincia war eine lex imperfecta, ſie hatte weder die Nichtigkeit der contra legem gemachten Schenkungen, noch eine Strafe auf die Annahme feſtgeſetzt. Aber dem Schenker wurde, wenn eine Schenkung contra legem gegen ihn geltend gemacht ward, ſey es eine übermäßige oder eine nicht in jener Form gemachte, gegen die Klage (in rem actio, wenn die Schenkung z. B. durch Mancipation geſchehen war, in personam actio, bey einer Schenkung durch Stipulation) eine exceptio gegeben, die entweder in ius gefaßt iſt: exceptio legis cinciae, oder in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum[ee]). Die Proculianer giengen noch weiter, auch jeder Dritte, meinten ſie, gegen den eine Klage auf eine ſolche Schenkung gegründet würde, könne die Exceptio vorſchützen, das heißt, ſie wollten dieſe Wirkung ſo viel als möglich der einer lex perfecta nähern[ff]). Es war der-

ſchränkt, deren Erfolg eben durch die Lex Cincia gehemmt iſt. Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XIII S. 191 Note 20. R.)

dd) Daher eine Schenkung an den Lebensretter nicht darunter fällt, ſ. §. 205 Note k, ferner nicht der Erlaß eines Pfandrechts, Note y des gegenwärt. §.

ee) Fragm. vat. 310. 266 L. 5 §. 2 D. de doli except. (44, 4). Vgl. oben §. 170 Note g.

ff) Fragm. vat. 266 (Ulpian.): — nam semper exceptione cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (ſo die Handſchrift nach Mai, Hollweg hat nach Rudorff sabinianos

ſelbe auf möglichſt ſtrenge Handhabung des Geſetzes gerichtete Sinn, der auch Labeo die Ausnahmen ganz wörtlich interpretiren ließ[gg]). Jene Einrede wird ferner als replicatio gegeben, wenn der Beſchenkte durch die Schenkung eine Exceptio gegen eine Klage des Schenkers erhalten hat[hh]). Iſt aber durch die Schenkung eine Klage ipso iure verloren gegangen, der Beklagte alſo nicht bloß ope exceptionis davon befreit (in welchem Fall eine replicatio keine Anwendung findet, da ſie eine exceptio vorausſetzt), ſo wird dem Schenker die verlorene Klage reſtituirt, ihm als rescissoria actio gegeben[ii]). Endlich hat der Schenker wegen deſſen, was durch die donatio contra legem cinciam in das Vermögen des Beſchenkten gekommen iſt, die condictio[kk]).

Es iſt alſo lediglich in den Willen des Schenkers gelegt, ob die Lex Cincia in Anwendung kommen ſoll oder nicht, und der wahre Ausdruck ihres Inhalts iſt folgender: Schenkungen die das geſetzliche Maß überſchreiten oder nicht in der vorgeſchriebenen Form gemacht ſind, können, vorausgeſetzt daß der Beſchenkte nicht eine persona excepta iſt, von dem Schenker jederzeit widerrufen werden. Die Lex Cincia hindert ihn an keiner Schenkung, wenn ſein Wille beharrlich darauf gerichtet

---

in den Text aufgenommen) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio. Ulpian billigt dieſe Meinung keineswegs, er bedient ſich ihrer nur, um die Richtigkeit ſeiner Anſicht zu beſtärken. Auch nicht alle Proculianer theilten ſie L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5).

gg) Fragm. vat. 306.

hh) Z. B. Tradition einer res mancipi, der Tradent hat noch das Eigenthum ex iure quiritium, und die Vindication, aber der Empfänger würde als bonitariſcher Eigenthümer gegen ihn geſchützt werden (§. 236 bey Note u), wenn nicht dieſe exceptio durch die replicatio legis cinciae elidirt würde Fragm. vat. 259.

ii) Z. B. Befreiung des Schuldners durch Acceptilation, oder durch Novation zu Gunſten eines Andern L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5).

kk) Fragm. vat. 266. L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5) L. 5 §. 5 D. de doli exc. (44, 4).

iſt, ſie ſchiebt nur den Zeitpunkt der Perfection der Schenkung hinaus. So lange alſo der Schenker noch ſeinen Willen ändern kann, iſt die Schenkung contra legem nicht perfect, darin liegt denn aber zugleich nothwendig, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf dem Einfluß der Lex Cincia entnommen wird: morte cincia removetur[ll]). Auch die Erben des Schenkers können jene Rechtsmittel haben, mit denen die Schenkung angefochten wird, aber ſie ſind unwirkſam, wenn der Schenker ohne Willensänderung geſtorben iſt, der Beſchenkte hat hier gegen ihre Zurückforderung die doli exceptio, gegen ihre exceptio oder replicatio legis cinciae die replicatio oder duplicatio doli. Nachdem ſolchergeſtalt die Wirkung des Geſetzes beſtimmt iſt, kann die Frage beantwortet werden, ob es ſich auch auf mortis causa donationes erſtreckt? Hier iſt es nun von ſelbſt klar, daß eine Anwendung auf dieſe in den allermeiſten Fällen undenkbar war, denn dieſe Anwendung hätte jenen Schenkungen keinen größeren Grad von Widerruflichkeit geben können, als ſie ſchon an ſich haben. Höchſtens alſo hätten die Schenkungen Todes halber, wobey der Schenker auf willkührlichen Widerruf verzichtet hat, unter das Geſetz fallen können. Aber es iſt überhaupt nicht wahrſcheinlich, daß man in ein Geſetz, welches die Perfection gewiſſer Schenkungen durch einen ſingulären Rechtsſatz bis zum Tod des Schenkers hinausſetzt, die Schenkungen ſollte hereingezogen haben, die ihrer Natur nach vorher imperfect ſind, denen alſo die Perfection nicht erſt zu entziehen war[mm]).

Ein zweifelhafter Punkt iſt das Verhältniß jener beiden

---

ll) Fragm. vat. 259. 266. 294.

mm) Für die mortis causa donationes beſtand ein anderes beſchränkendes Geſetz, die Lex Furia: qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine *mortisve causa capere* permissum non est Gai. II. 225. Ebenſo ſind ſie ſpäter der Lex Falcidia unterworfen worden.

Vorſchriften, des Maßes und der Form. Die Frage iſt: für welche Schenkungen (verſteht ſich: unter personae non exceptae) iſt die Form vorgeſchrieben? bloß für die das geſetzliche Maß überſteigenden, oder umgekehrt bloß für die kleineren? Beiden Anſichten ſcheint entgegenzuſtehen, daß in keiner der Stellen, die der Form der Lex Cincia Erwähnung thun, ein ſolcher Unterſchied gemacht, oder irgendwie vorausgeſetzt wird; dieß ſpricht beſonders gegen die erſte, welche die kleineren Schenkungen den Einflüſſen des Geſetzes ganz entnehmen will. Durch die bisherige Entwickelung des Inhalts der Lex werden wir auf folgende Geſtalt der Sache geführt. Das Geſetz hat zwey Gründe neben einander aufgeſtellt, aus denen eine Schenkung unter nicht ausgenommenen Perſonen imperfect und widerruflich ſeyn kann: die Größe der Schenkung und der Mangel der Form. Das Natürlichſte iſt nun offenbar anzunehmen, daß jeder dieſer Gründe für ſich hinreicht, dem Schenker die Willensänderung zu geſtatten. Nun ſind vier Fälle möglich: 1) eine kleinere Schenkung iſt ohne die geſetzliche Form gemacht worden, ſie iſt imperfect; 2) eine kleinere Schenkung in der Form, ſie iſt perfect; 3) eine größere ohne die Form, ſie iſt imperfect und zwar ganz, über das Maß hinaus aus dieſem Grund ſelbſt, unter dem Maß wegen Mangels der Form; 4) eine größere in der geſetzlichen Form. Dieß iſt der zweifelhafte Punkt, der eine doppelte Behandlung zuläßt. Nach dem obigen Princip muß geſagt werden, die Schenkung iſt theilweiſe perfect (ſoweit ſie unter dem Maß iſt), theilweiſe imperfect (ſoweit ſie über das Maß hinausreicht). Es wäre aber auch möglich, daß man, wenigſtens ſpäter, der beobachteten Form die höhere Wirkung beigelegt hätte, auch den erſten Fehler, des Uebermaßes, zu heilen, ſo daß dadurch die eine Vorſchrift der Cincia, das Verbot höherer Schenkungen, ſtillſchweigend außer Uebung geſetzt worden wäre. Dieß würde beſonders dann erklärlich ſeyn, wenn das Maß des Geſetzes ſehr niedrig (etwa nur wie das der Lex Furia 1000 Aſ-

ſes) war; es würde damit aber auch übereinſtimmen, daß in den nicht interpolirten Quellen eine theilweiſe Gültigkeit der Schenkung nicht erwähnt wird[nn]), ferner ſo wenige Hindeutungen auf das geſetzliche Maß ſelbſt vorkommen[oo]).

Hiernach hätte am Ende der dritten Periode noch folgendes Recht aus der Lex Cincia gegolten: Schenkungen unter den exceptae personae werden perfect durch jedes Rechtsgeſchäft, welches den Erfolg der Schenkung (Minderung des Vermögens des Schenkers, Bereicherung des Beſchenkten) herſtellt, unter non exceptae aber nur durch (Mancipation und) Tradition mit der Wirkung des Beſitzſchutzes, oder durch den Tod des Schenkers ohne entgegengeſetzte Willenserklärung[pp]). Für den künftigen Beweis der geſchehenen Schenkung zu ſorgen, war natürlich Sache der Parteien, es war zu dieſem Behuf die professio apud acta, gerichtliche Inſinuation (Bd. I S. 400 f.), ſehr gewöhnlich geworden[qq]); auf die Perfection

---

nn) Rudorff will eine Erwähnung in Fragm. vat. 294 finden: eine Schenkung an den filius in potestate wird nicht wirkſam dadurch, daß der Vater ſeinen Willen nicht geändert hat (im Gegenſatz gegen die Schenkung contra legem cinciam), quoniam quod praecessit *totum* irritum est. Darin ſoll liegen, daß nach der Cincia nicht das Ganze, ſondern nur, was das Maß überſteigt, ungültig iſt. Dann würde der Juriſt ſo argumentirt haben: weil dort der ganze Betrag der Schenkung ungültig iſt, kann ſie nicht convaleſciren, und dieß würde vorausſetzen, daß nach der L. C. die Convaleſcenz der ganzen Schenkung aus dem Grund einträte, weil ſchon vorher ein Theil derſelben gültig war. Dem iſt aber nicht ſo. Der Grund, warum die Schenkung durch die Fortdauer des Willens wirkſam wird, liegt auf keinen Fall in der vorherigen Gültigkeit eines Theils derſelben.

oo) Fragm. vat. 304 (ſ. oben Note r) iſt eine hiſtoriſche Bemerkung. Der Ausdruck übrigens in infinitum donare licet konnte als herkömmlich für Schenkungen, die nicht durch die Cincia beſchränkt ſind, immer beibehalten werden; ſo iſt zu nehmen Paul. V. 11, 6.

pp) Mehr enthalten denn auch die Stellen der vaticaniſchen Fragmente aus dieſer Zeit nicht.

qq) Fragm. vat. 266a. 268. 285.

der Schenkung hatte ſie keinen Einfluß, ihr Hinzukommen erſetzte kein anderes Erforderniß, ihr Wegbleiben entzog der Kraft der Schenkung nichts.

In der vierten Periode iſt das Recht der Lex Cincia allmählich umgeſtaltet worden, endlich völlig untergegangen. Conſtantius Chlorus hat zuerſt die gerichtliche Inſinuation als eine nothwendige Form für Schenkungen unter non exceptae personae angeordnet, daneben aber das geſammte frühere Recht beſtehen laſſen. Conſtantin hat ſie auch auf die personae exceptae ausgedehnt[rr]). In einer Verordnung von 316 giebt Conſtantin eine weitläuftige Anweiſung darüber, wie man Schenkungen recht ſicher und mit Vermeidung künftiger Proceſſe abſchließen könne, ohne übrigens eine neue Form feſtzuſetzen[ss]). Die Tradition erſcheint darin als Theil des ganzen Acts, aber ohne Andeutung, daß ſie nun auch bey den personae exceptae nothwendig ſeyn ſoll. Hiernach würde das damalige Recht dieſes geweſen ſeyn: alle Schenkungen fordern die gerichtliche Inſinuation, die an personae non exceptae überdieß (Mancipation und) Tradition. So war es aber nicht, das Geſetz wurde anders verſtanden, wie wir aus dem Geſetz von 333 (Note rr) und einem Geſetz des Conſtantius und Conſtans von 355 ſehen[tt]). Der Vorzug der ex-

---

rr) L. 1 C. Th. de sponsal. (3, 5). Dieſe Conſtitution iſt vom J. 319, jene Ausdehnung auf die personae exceptae ſcheint aber ſchon in einem Geſetz von 316 (Note ss) erwähnt zu ſeyn, wahrſcheinlich iſt ſie früher geſchehen, und die L. 1 v. 319 enthält nur eine beſondere Anwendung davon auf die Schenkungen unter Verlobten. 316 hat Conſtantin auch verordnet, daß die Inſinuation apud acta nur bey den Behörden des Domicils des Schenkers geſchehen könne L. 3 C. Th. de don. (8, 12). Jene Verordnung wird wiederholt in L. 5 C. Th. eod. (333), und von Conſtantius und Conſtans L. 6 eod.

ss) Fragm. vat. 249, abgekürzt als L. 1 C. Th. de don. (8, 12), und daraus wieder mit Veränderungen L. 25 C. I. de don. (8, 54).

tt) L. 5. 7 C. Th. de don. (8, 12).

ceptae personae iſt ganz aufgehoben, nur für Eltern und Kinder iſt das Erforderniß der Mancipation und Tradition nachgelaſſen (nicht das der Inſinuation)[uu]). Bey der donatio ante nuptias iſt von Theodoſius 428 die Tradition im Fall der Inſinuation nachgelaſſen, und die Inſinuation, wenn eine ſolche Schenkung nicht mehr als 200 solidi beträgt[vv]).

Die Vorſchrift der Tradition als letztes Ueberbleibſel der Lex Cincia (die Mancipation kam hier wie ſonſt außer Gebrauch, nur daß ſich davon in den Schenkungsurkunden die bedeutungsloſen Worte: sestertii nummi unius, quattuor assium erhalten hatten[ww])) ſcheint bis auf Juſtinian beſtanden zu haben. Dieſer hob ſie auf, und führte das Recht der Schenkung in Abſicht auf die Form auf folgende einfache Sätze zurück.

Die Schenkung kann durch jedes Veräußerungsgeſchäft (Tradition, Schenkungsverſprechen, Servitutbeſtellung, Erlaß einer Forderung u. ſ. w. vgl. §. 205) errichtet werden, und wenn ſie nicht über 500 solidi beträgt, bedarf es keiner weiteren Form; beträgt ſie mehr, ſo iſt ſie auf den Ueberſchuß nur dann gültig, wenn die gerichtliche Inſinuation hinzukommt[xx]). Der Mangel der Inſinuation macht die Schen-

---

uu) Auch die Erwähnung eines ſchriftlichen Schenkungsvertrags in der Verordnung Conſtantin's war als ein Gebot verſtanden worden, dieß beſeitigt ein Geſetz von Theodoſius II und Valentinian III L. 29 C. de don. (8, 54). Ebenſo die Erwähnung von Traditionszeugen, beſeitigt von Zeno L. 31 C. eod.

vv) L. 8 C. Th. de sponsal. (3, 5).

ww) L. ult. C. de don. (8, 54).

xx) Das Maß war anfangs 300 solidi, und nur bey gewiſſen Schenkungen auf 500 erhöht L. 34 pr. §. 1 C. de don. (8, 54). Die letztere Summe iſt aber bald nachher auf alle erſtreckt worden L. 36 §. 3 C. eod. Einige Schenkungen ſind in beliebiger Höhe gültig ohne Inſinuation: Schenkungen des Kaiſers und an ihn, der magistri militum an die Soldaten, zum Loskauf von Gefangenen, zum Wiederaufbau zerſtörter Gebäude L. 34. 36 cit., Beſtellung einer Dos, ſofern darin

kung theilweiſe, ſoweit ſie nämlich das Maß überſteigt, nichtig, eine Convaleſcenz durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf tritt nicht ein.

B. Gegenſtand der Rechte.

CCVII. Jedes Recht iſt Macht über einen Gegenſtand der vermöge dieſes Rechts dem Willen des Berechtigten unterworfen iſt (Bd. I §. 30). Dieſes Verhältniß läßt ſich auch ſo ausdrücken: der Berechtigte bezieht einen Gegenſtand auf ſich, und dieſe Beziehung iſt den Rechtsvorſchriften gemäß.

Die Beziehung eines Gegenſtands auf ſich ſetzt das Bewußtſeyn dieſes ſeines Selbſt, auf das der Gegenſtand bezogen wird, voraus. Wer ſich etwas aneignet, in dem muß vorher dieſes Bewußtſeyn mächtig geworden ſeyn, ſonſt würde er nicht darauf kommen, dem Ich etwas zu unterwerfen. „Ich unterwerfe Mir einen Gegenſtand", darin liegt, daß mir mein Ich, dem ich etwas unterwerfe, gegenſtändlich geworden iſt, und zwar als das zum Herrſchen Beſtimmte, welchem etwas unterworfen ſeyn kann, mit andern Worten: dem Berechtigten muß ſeine Perſönlichkeit gegenſtändlich geworden ſeyn. In einem Recht aber, welches in der Unterwerfung von etwas anderem beſteht, ſteht die Perſönlichkeit des Berechtigten nicht als Gegenſtand ſondern als Subject (z. B. Ich bin Eigenthümer dieſer Sache), das Gegenſtändlichwerden der eignen Perſönlichkeit liegt nicht in dieſem Recht, ſondern geht ihm vorher, iſt ſeine Vorausſetzung. Es geht ihm aber nicht vorher als ein bloßer zufällig ſich bey jeder Aneignung wiederholender Impuls, ſondern in der Form eines beſonderen Rechts, in welchem es ſich fixirt, und deſſen Ausdruck die Worte ſind: Ich bin Perſon, — worin alſo die eigene Perſon ſowohl das

---

eine Schenkung an die Frau liegt L. 31 pr. C. de iure dot. (5, 12). Die Verwandten haben kein Vorrecht mehr.

Subject als auch der Gegenſtand iſt. An der Spitze aller Rechte ſteht daher

1) das Recht an der eignen Perſon, welches kein anderes Recht zur Vorausſetzung hat, das vielmehr ſeine Vorausſetzung in ſich ſelbſt trägt. Die Perſönlichkeit iſt hier zu einer Macht geworden. Wir nennen es das Recht der Perſönlichkeit, es iſt der Grund, auf dem alle anderen Rechte erbaut ſind.

Unter den Gegenſtänden der Außenwelt iſt einer, deſſen Beſtimmung in der Unterwerfung unter den Willen des Menſchen vollkommen aufgeht, der keine andere Beſtimmung hat, als die, dem Menſchen unterworfen zu ſeyn: die Sache. Die Unterwerfung einer Sache kommt ſo vor, daß ſie ſich von dem Recht der Perſönlichkeit noch nicht losgemacht und zu einem ſelbſtſtändigen Recht entwickelt hat, daß ſie vielmehr noch lediglich in jenem Recht und mit ihm verwachſen ihr rechtliches Daſeyn und ihren Schutz hat. Dieſe Unterwerfung iſt der Beſitz, ein aus dem Recht der Perſönlichkeit herausſtrebendes, aber von ihm noch feſtgehaltenes Rechtsverhältniß. So hat das Recht an der eigenen Perſon zwey Geſtalten:

a) Recht der Perſönlichkeit für ſich,

b) Recht des Beſitzes.

In dem Beſitz enthält das Recht an der eigenen Perſon den Uebergang zu einem andern Recht. Die Unterwerfung einer Sache wird zu einem ſelbſtſtändigen, von dem Recht der Perſönlichkeit abgetrennten Recht; dieß iſt

2) das Recht an einer Sache. Es iſt das unmittelbar aus dem der Perſönlichkeit abſtammende Recht, es hat keine andere Vorausſetzung als jenes, zwiſchen dem reinen Subject und dem reinen Object, das keine andere Beſtimmung hat, als dieſes zu ſeyn, bedarf es keiner Vermittelung durch ein anderes rechtliches Moment. Da die Sache völlig in der Beziehung auf die Perſon aufgeht, ſo iſt ihre Unterwerfung eine vollſtändige, eine totale Aneignung der Sache an die Perſon.

Dieß geht ſo weit, daß eine partielle Unterwerfung nur unter der Vorausſetzung möglich iſt, daß die Sache wenigſtens einem Andern vollſtändig unterworfen ſey, mithin nur als ein Recht an einer fremden Sache, worin nicht bloß das negative Erforderniß liegt, daß die Sache nicht mir, ſondern auch das poſitive, daß ſie einem Andern gehört. In dem Bisherigen iſt gegeben, daß das Recht an einer Sache ein doppeltes iſt:

a) Eigenthum (totale Unterwerfung einer Sache),

b) ius in re aliena (partielle Unterwerfung).

Auch das Recht an einer Sache trägt den Uebergang zu einem andern Recht in ſich. Er liegt zum Theil in der Natur der Dinge, welche Sachen ſind, in dem paſſiven Widerſtand, den ſie dem menſchlichen Willen leiſten, und der durch menſchliche Kraft gebrochen werden muß. Er geſtaltet ſich als relativer Mangel, da die Erde zwar ſtets hervorbringt, was der Menſch bedarf, aber nicht an jedem Ort und zu jeder Zeit gleichmäßig, ferner als Rohheit des Stoffs, dem erſt die Geſtalt gegeben werden muß, in der er die menſchlichen Bedürfniſſe zu befriedigen geſchickt iſt. Die Unzulänglichkeit der Kräfte des Einzelnen führt zur Unterwerfung von Kräften Anderer, durch welche man jene Hinderniſſe überwinden kann. Dazu kommt aber noch als Erzeugerin einer anderen Claſſe von Rechten die Natur des Eigenthums ſelbſt, wodurch die Sache dem Willen des Einen ausſchließlich unterworfen, dem der Andern entzogen wird, und damit die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter, Ueberfluß an Sachen oder Kräften bey dem Einen, Mangel an dieſen oder jenen bey dem Andern. Das Reſultat iſt, daß ohne die Möglichkeit eines Austauſches von Sachen und Kräften die Unterwerfung von Sachen theils unmöglich, theils nutzlos werden würde. Das Rechtsinſtitut des Eigenthums erhält ſeine nothwendige Ergänzung erſt dadurch, daß der Eigenthümer, was ihm entbehrlich iſt, durch Austauſch in das wünſchenswerthe Gut verwandeln, der

Nichteigenthümer durch Darbietung ſeiner Kräfte ſich Eigenthum verſchaffen kann. So geht aus dem Recht an der Sache

3) das Recht an einer Handlung eines Andern hervor, die Obligatio, wodurch die Handlung einer Perſon dem Willen der andern unterworfen wird. Dieſes Recht hat das Recht an der Sache zu ſeiner weſentlichen Vorausſetzung, es bezieht ſich darauf, und iſt eine Ergänzung deſſelben. So kann denn auch nur eine ſolche Handlung Gegenſtand der Obligatio ſeyn, die ihr Aequivalent in einer Sache findet, jede Forderung trägt den Werth des Eigenthums einer gewiſſen Sache in ſich, und leitet auf eine Eigenthumserwerbung oder auf die Erhaltung des erworbenen Eigenthums hin.

Die Außenwelt, die ſich dem Menſchen als Gegenſtand ſeines rechtlichen Willens darbietet, iſt zunächſt die willenloſe, die eben darum gänzlich der Unterwerfung hingegeben iſt, das Gebiet des Eigenthums. Die Obligationen enthalten ſo wenig als die iura in re aliena einen Fortſchritt aus dieſer Sphäre heraus, ſie ſind nur andere Formen der Aneignung jener äußeren Güter, Vermittelungen des Eigenthums. Aber in den Weſen gleicher Art, die der Menſch als „Fleiſch von ſeinem Fleiſch“ erkennt, thut ſich dem rechtlichen Willen ein ganz neuer Gegenſtand auf. Der Menſch findet ſich in einer natürlichen Verbindung mit ſeines Gleichen, in der Familie, in der Volksverbindung. Sein Wille bezieht andere Menſchen auf ſich, er erkennt ſie als die Seinigen, nur bezieht er ſie nicht auf ſich als Einzelnen, ſondern als Glied der Verbindung, welche dieſer Beziehung zu Grunde liegt. Daher indem er ſie als die Seinigen, erkennt er ſich zugleich als den Ihrigen; indem ſie der Gegenſtand ſeines rechtlichen Willens ſind, iſt er zugleich der des ihrigen. Dadurch entſteht

4) das Recht an einer Perſon außer uns. Es iſt Unterwerfung einer Perſon; eine Perſon aber, ein berechtigtes Weſen, iſt es, die unterworfen iſt, die daher nicht rein unterworfen ſeyn kann, weil ſie dadurch aufhören würde, als Perſon

zu ſeyn, und zur Sache gemacht wäre. Eine Ungleichheit in der Stellung der Perſonen kann ſtattfinden, das Recht der einen Perſon an der andern kann ein Uebergewicht haben gegenüber dem entſprechenden Recht dieſer an jener, wie bey dem Recht des Mannes an der Perſon der Frau, der Eltern an der Perſon der Kinder, aber eine Gegenſeitigkeit liegt in jedem wahren Recht an einer Perſon, auch die Frau hat ein Recht an der Perſon des Mannes, das Kind an der Perſon der Eltern. Im römiſchen Recht iſt in gewiſſen Verhältniſſen jenes natürliche Uebergewicht ſo ſehr vergrößert worden, daß das gegenſeitige Recht des Unterworfenen ganz oder faſt ganz außer Activität geſetzt worden iſt, in den Rechten an Perſonen, welche die Römer unter dem Wort ius zuſammenfaſſen (potestas, manus, mancipium). Dieſe Rechte ſind nach der Analogie des Eigenthums behandelt, die Perſönlichkeit der Unterworfnen ſelbſt iſt dadurch afficirt, ſie ſind den Sachen genähert worden. Daher ſind zwey Gattungen von Rechten dieſer Claſſe zu unterſcheiden:

a) dem Eigenthum verwandtes Recht an einer Perſon,

b) reines Recht an einer Perſon.

Durch die Familie erhält das Vermögen eine Beſtimmung, die ſeine Dauer über den einzelnen Berechtigten hinaus erſtreckt. Das Vermögen ſoll ſich durch den Tod deſſelben nicht in ſeine Elemente auflöſen und verſchwinden, ſondern als Ganzes erhalten werden und auf die Familiengenoſſen, oder wen ſonſt das Recht an ihre Stelle ſetzt, übergehen. Durch dieſe Erhaltung wird aber das Vermögensrecht auch für die Zeit des Lebens erſt vollendet. Die Rechtsverhältniſſe gewinnen erſt dadurch eine ſichere Exiſtenz, daß ſie nicht von dem Leben der Perſonen abhängig ſind, ſondern auf die Erben übergehen; das Eigenthum erhält eine Dauer, die Obligatio eine Sicherheit, die ihr abgehen würde, wenn der Tod ſie tilgte. Es iſt nicht bloß der Gedanke an die Familie, ſondern auch das Bedürfniß rechtlicher Ordnung und Garantie über=

haupt, welches auf jenen Uebergang hinführt, der daher auch in andern analogen Fällen eingeſetzt worden iſt. Die Fortdauer des Vermögens über die Perſon hinaus iſt nur denkbar, indem ſich darin zugleich die Perſon des Berechtigten als ſeine das Ganze zuſammenhaltende Spitze fortſetzt. Dieſe Perſon geht in den Succeſſor über, er trägt ſie in ſich und repräſentirt ſie, und hat durch ſie das ihr zuſtändige Vermögen. So tritt zu den übrigen

5) das Recht an einer in uns übergegangenen Perſon, welches den Kreis der Privatrechte ſchließt.

Auch in ihrem Gegenſtand ſind die Rechte Veränderungen unterworfen, durch Einſchränkungen und durch Erweiterungen (Acceſſionen), welche der Gegenſtand erhalten kann. Nicht alle Gegenſtände und alle Rechte ſind ſolchen Modificationen, und die bey denen ſie ſtattfinden, ſind ihnen nicht auf gleiche Weiſe ausgeſetzt. Das davon geltende Recht wird bey den einzelnen Rechten, die dieſem Einfluß unterliegen, dazuſtellen ſeyn.

C. Schutz der Rechte.

CCVIII. Ein Recht kann nicht ohne einen Schutz gegen Verletzung, gegen Hinderung oder Störung ſeiner Ausübung gedacht werden[a]). Der vollkommenſte Schutz beſteht in einer Klage, die mit dem Recht verbunden iſt, der weniger vollkommene, weil er von Vorausſetzungen abhängt, die ihn nutzlos oder unvollſtändig machen können, iſt der durch Einreden. Denn die Einrede ſetzt eine beſtimmte Verletzung des Rechts voraus, nämlich die Anſtellung einer Klage, die dem Recht des Beklagten widerſpricht, ſodann erreicht man dadurch nur die Abweiſung des Klägers, womit unter Umſtänden allerdings dem Berechtigten volles Genüge geſchehen ſeyn kann,

---

a) Das Allgemeine darüber ſ. in §. 29 des 1 Bands, die Ausführung für den römiſchen Proceß im dritten Buch.

während unter andern Umſtänden dieß vielleicht nicht hinreicht, ihn vollkommen zu befriedigen[b]).

In dieſem weſentlichen Element des Schutzes kann ein Recht Veränderungen erleiden. Solche Veränderungen treten ſchon durch die Geltendmachung der Rechte ſelbſt ein, durch Litisconteſtation und Urtheil, indem das Schickſal des Rechts von dem Ausgang des Proceſſes abhängig iſt (§. 172. 175). Sodann kann die Geltendmachung des Rechts ſelbſt und damit ſeine weſentliche Wirkung beeinträchtigt werden. Iſt ein Recht aufgehoben, ſo fällt damit natürlich auch jede Geltendmachung deſſelben weg, umgekehrt kann es ſeyn, daß ein Umſtand die Exiſtenz des Rechts ſelbſt und unmittelbar nicht berührt, ihm aber ſeinen Schutz entzieht; iſt einem Recht auf dieſe Weiſe jeder Schutz entzogen, ſo iſt es, da ohne allen Schutz ein Recht nicht zu denken iſt, mittelbar ſelbſt aufgehoben. Eben ſo kann es geſchehen, daß einem Recht wenigſtens der vollkommene Schutz, die Klage, entzogen wird, wodurch es nicht völlig wirkungslos gemacht alſo zerſtört, aber in ſeiner Wirkung weſentlich gemindert iſt.

Klage im formellen Sinn iſt eine proceſſualiſche Handlung, im materiellen die Möglichkeit derſelben, das Klagerecht. In dieſem Sinn, in dem wir hier die Klage nehmen, iſt ſie auch vor ihrer wirklichen Anſtellung vorhanden, ſie exiſtirt mit dem Recht, aus dem ſie entſpringt, welches der Grund der Klage im materiellen Sinne iſt. Mit dem Recht geht natürlich auch die Klage unter, die ein Beſtandtheil deſſelben iſt, aber es kann auch umgekehrt die Klage für ſich verloren gehen; beſchränkt ſich der Verluſt auf dieſes Mittel der Geltendmachung, ſo beſteht das Recht fort, nur in einer un=

---

b) Wenn z. B. jemand 100 von mir einklagt, der mir 1000 ſchuldig iſt, ſo kann ich mich gegen ſeine Klage durch eine Einrede (der Compenſation) ſchützen, mit dieſer aber erreiche ich im beſten Fall nur ſeine Abweiſung, alſo 100 von meiner Forderung, zur Bezahlung der übrigen 900 verhilft mir meine Einrede nicht.

vollkommneren Geſtalt, da es des wichtigſten Schutzmittels beraubt iſt.

Die wichtigſte Art der Aufhebung von Klagen, die dieſen Erfolg hat, iſt die Verjährung: der Untergang einer Klage wegen Verſäumung ihrer Anſtellung innerhalb der dafür durch das Recht vorgeſchriebenen Zeit[c]).

Die Klagverjährung hat, ſo viel wir wiſſen, ihren erſten Urſprung im prätoriſchen Edict. Als der Prätor Klagen einzuführen begann, und damit Rechte anerkannte und ſchützte, die nach Jus civile nicht beſtanden, ſetzte er häufig als ein Erforderniß feſt, daß nicht ſchon ein Jahr ſeit der Entſtehung des Anſpruchs, der geltend zu machen war, abgelaufen ſeyn dürfe: in anno oder intra annum iudicium dabo, — intra annum agere permittam, — si non plus quam annus est, restituas[d]). Die Kürze der Zeit war dadurch gemildert, daß das Jahr als utilis annus behandelt wurde (§. 200): intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, — quum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est; dadurch waren die Tage, welche nicht Gerichtstage ſind (§. 158), ferner an denen der Kläger durch ein unüberwindliches Hinderniß, welches auch die Beſtellung eines Procurators ausſchließt, abgehalten war, und an denen der Beklagte durch Abweſenheit ꝛc. die Anſtellung der Klage verhindert hat, von der Berechnung ausgeſchloſſen[e]). Der Prätor wurde zu jener Beſchränkung des Klagerechts, die dem alten Jus civile fremd

---

c) Die neueſte und befriedigendſte Darſtellung des Inſtituts der Klagverjährung enthält Savigny's Syſtem des heut. R. R. V §. 237—255.

d) Daß ein Jahr als Verjährungszeit gewählt wurde, erklären die Inſtitutionen Juſtinian's durch die Bemerkung: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium, oder wie Theophilus ſagt: die prätoriſchen Edicte ſelbſt galten nur ein Jahr. Das iſt ein müßiger Einfall, zu dem die äußerliche Aehnlichkeit der Zeit Veranlaſſung gab, ein wirklicher Zuſammenhang der Dauer der Prätur und der Klagen iſt der Natur der Sache nach undenkbar.

e) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

war, bewogen ohne Zweifel theils durch den Vortheil, den es der richterlichen Thätigkeit gewährt, wenn die Thatſachen, auf deren Erkenntniß und Beurtheilung es ankommt, möglichſt neu ſind, theils durch die billige Rückſicht, den Gegner, den er einem im Jus civile nicht begründeten Anſpruch unterwarf, nicht allzulang in Ungewißheit darüber zu laſſen, ob der Kläger von dem Recht, das ihm der Prätor gewährte, wirklich Gebrauch machen werde oder nicht. Wenn der Gegner ſicher war, nach Ablauf einer gewiſſen Zeit dem vom Prätor eingeführten Anſpruch entgangen zu ſeyn, ſo war die prätoriſche Neuerung eher zu ertragen. Dieſe Rückſicht trat beſonders ein, wenn der Prätor durch die verliehene Klage jemanden einen Gewinn verſchaffte, alſo bey den Klagen auf eine Strafe, daher alle prätoriſchen Pönalklagen jener Verjährung unterworfen ſind [f]); dagegen ſind die Klagen, durch die der Kläger nicht bereichert, ſondern ſein Vermögen nur gegen eine Rechtsverletzung wieder hergeſtellt werden ſoll (quae rei persecutionem habent), von dieſer Beſchränkung frey [g]). In der Mitte zwiſchen beiden Claſſen ſtehen die wodurch der Kläger nur erhält, was ihm aus ſeinem Vermögen fehlt, aber dieß doch auf Koſten des Beklagten, ſo daß dieſer möglicherweiſe einen reinen Verluſt erleidet, ſo gut als bey den Pönalklagen, nur daß dieſem Verluſt nicht ein Gewinn auf Seiten des Klägers entſpricht. Geſchieht nun dieß contra ius civile, ſo iſt die Klage auch hier auf ein Jahr beſchränkt [h]).

---

f) Mit Ausnahme der actio furti manifesti, denn durch dieſe verminderte vielmehr der Prätor den Anſpruch, den der Beſtohlene nach Jus civile gehabt hätte.

g) Beide Regeln werden gegeben in L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum — —. Vgl. L. 3 §. 4 D. nautae, caup. (4, 9) L. 21 §. 5 D. rerum amot. (25, 2).

h) L. 35 pr. cit. So verjährt die actio doli mali in einem Jahr (was Conſtantin in ein biennium continuum verändert hat L. ult. C.

Auch einige andere Klagen wurden der Verjährung unterworfen. So ſetzten die Aedilen eine zum Theil noch kürzere Zeit für die Klagen feſt, durch welche der Käufer wegen Mängel der verkauften Sache Aufhebung des Contracts oder Entſchädigung fordert. Der Grund lag vornehmlich darin, daß ohne dieſe Beſchränkung ihrer Dauer Handel und Wandel unſicher und eine zuverläßige Entſcheidung darüber, ob der Mangel ſchon zur Zeit des Contracts vorhanden geweſen, in der Regel unmöglich werden würde. Dann ſchien es nothwendig die ſingulären Anſprüche des Fiscus auf das Vermögen von Verbrechern oder auf andere verfallene Güter und auf ſonſtige Strafen durch die Feſtſetzung einer Zeit zu mäßigen, nach deren Ablauf die Klagen erlöſchen und die Beſitzer jener Güter geſichert ſind. Dieſe Verjährungszeit iſt eine zwanzigjährige[i]), ja der Anſpruch auf erbloſe Güter geht ſchon in vier Jahren gegen die Beſitzer verloren[k]), die Vindication eines durch Beeinträchtigung der fiscaliſchen Rechte verwirkten Guts in fünf Jahren[l]). Der Status einer Perſon ferner, ihre Freiheit, Ingenuität ꝛc. kann auch nach ihrem Tod angefochten, und dadurch die Stellung ihrer Kinder und das Schickſal ihres hinterlaſſenen Vermögens verändert werden. Um aber dieſe Verhältniſſe nicht unendlichen Vexationen auszuſetzen, edicirte ſchon der Princeps Nerva, daß nach fünf Jahren von dem Tod an dieſe quaestiones de statu wegfallen ſollten[m]). An dieſen Rechtsſatz ſchloſſen manche Juriſten auch

---

de dolo 2, 21), obwohl ſie bloß auf Entſchädigung geht (freilich erleidet der damit Verurtheilte zugleich die Strafe der Infamia, auf Herausgabe deſſen was an den Betrüger durch ſeinen Dolus gekommen iſt, wird eine Klage auch post annum gegeben L. 28 D. de dolo (4, 3).

i) L. 13 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3) L. 1 §. 3 D. de iure fisci (49, 14). *k*) L. 1 C. de quadriennii praescr. (7, 37).

l) L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61).

m) Dig. XL. 15 Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

die Verjährung der querela inofficiosi testamenti in fünf Jahren an, die denſelben Zweck einer endlichen Sicherung der Erbverhältniſſe hat; ſie behaupteten darum, die Zeit beginne mit dem Tod des Erblaſſers, während Andere die Verjährung erſt mit dem Antritt des eingeſetzten Erben, gegen den die Klage anzuſtellen iſt, anfangen ließen [n]).

Einen beſondern Zweck hat die longi temporis praescriptio gegen speciales in rem actiones (aus dem Eigenthum und den iura in re). Ein Beſitz von zehn Jahren unter Gegenwärtigen, von zwanzig Jahren unter Abweſenden, wenn er einen rechtmäßigen Anfang hat, ſoll gegen jene Klagen geſchützt werden [o]). Dieſe Verjährung hat dieſelbe Beſtimmung wie die Uſucapion: den Erwerb von Rechten zu ſichern, indem der lange Beſitz den Beweis der ſonſtigen Erwerbung erſetzt. Sie iſt ein Surrogat der Uſucapion, wo dieſe keine Anwendung findet, und iſt nachher aus dem Charakter einer bloßen Klagverjährung in den einer Erſitzung, einer Erwerbung des jene Zeit hindurch ununterbrochen ausgeübten Rechts, übergegangen.

Das Reſultat von allem dieſem iſt für die Zeit der claſſiſchen Juriſten folgendes. Die Regel war: einer Klage ſteht nicht entgegen, daß ihre Anſtellung längere Zeit verſchoben worden iſt, dieſe Verzögerung bewirkt nicht den Verluſt der Klage, actiones perpetuo dantur [p]). Dieß ſchließt nicht aus, daß das Recht aus dem die Klage entſpringt, durch Ablauf einer gewiſſen Zeit verloren gehen kann, z. B. das Eigenthum dadurch daß ein Anderer die Sache uſucapirt, die Forderung gegen den sponsor und fidepromissor nach zwey Jahren ex lege furia; denn dieſer Untergang trifft nicht zunächſt die Klage, obwohl dieſe natürlich mit dem Recht folgeweiſe unter-

---

n) L. 36 §. 2 C. de inoff. test. (3, 28).

o) Vgl. unten §. 240.

p) Gai. IV. 101.

geht. Jener Erfolg wird zwar durch die Nichtanſtellung der Klage während jener Zeit vermittelt, da ihre zeitige Anſtellung den Verluſt verhüten würde, aber dieſe Verſäumniß iſt nicht die poſitive Urſache des Erfolgs, der wahre Grund des Verluſtes liegt auf der Seite des Gegners. — Die Ausnahme nun von jener Regel iſt, daß es temporales actiones giebt, die durch Nichtanſtellung innerhalb einer gewiſſen Zeit verloren gehen, wo alſo die Unthätigkeit des Klägers den Verluſt nicht bloß vermittelt, ſondern unmittelbar und eigentlich verurſacht; ſolcher Ausnahmen gab es ſchon in der dritten Periode eine nicht unbeträchtliche Anzahl. Betrachten wir ſie aber nach ihrer Wichtigkeit für den Rechtsverkehr, ſo müſſen wir ſagen, daß die Klagverjährung die bedeutendſten und häufigſten Klagen faſt gar nicht berührte.

Eine andere Wendung nahm die Sache in der vierten Periode. Schon Conſtantin verordnete, daß die vetustas des Beſitzes, oder, wie dieß genau beſtimmt ward, die Zeit von vierzig Jahren eine Einrede gegen die in rem actio geben ſolle[q]). Dieſer Rechtsſatz entwickelte ſich aus einer Anwendung der unvordenklichen Zeit (§. 200 a. E.) auf den Beſitz einer fremden Sache, die vielleicht in der Praxis geſchehen war, und die der Kaiſer in jener Art und mit Beſtimmung der Zeit auf ein Menſchenalter genehmigte. Natürlich wurde kein rechtmäßiger Beſitz, wie bey dem longum tempus, ſondern nur die Verſäumung der Klage während jener Zeit gefordert, es war alſo eine reine Klagverjährung. Später ſcheint eine Zeit von dreißig Jahren für hinreichend gehalten worden zu ſeyn[r]). Dieſe Verjährung wurde auch auf die Klage wegen eines Colonus, der ſo lange außer dem Colonat gelebt hatte, angewandt[s]), aber ihre Anwendung auf perſönliche Klagen

---

q) L. 2 C. de praescr. XXX vel XL annorum (7, 39) L. 2 C. Th. de longi tempi praescr. (4, 13). *r*) Symmach. epist. V. 52.
s) L. 1–3 C. Th. de his qui conditionem (12, 19) von Hono=

wurde ausdrücklich unterſagt[t]). Dabey blieb es aber nicht, ein für das Inſtitut der Klagverjährung höchſt wichtiges Geſetz von Theodoſius II 424 unterwarf mit ſehr wenigen Ausnahmen alle Klagen, die bis dahin perpetuae geweſen waren, der Verjährung von dreißig Jahren[u]). Die Zeit iſt, wie ſchon bisher bey allen Verjährungen über ein Jahr, tempus continuum, aber auch die in integrum restitutio gegen den Ablauf der Zeit iſt ausgeſchloſſen, nur daß für die Klagen der Unmündigen, ſo lange ſie unter Tutel ſind, die Verjährung nicht laufen ſoll. Es fehlte nicht an Verſuchen, das Geſetz durch willkührliche Interpretationen zu umgehen, ſchon Valentinian III fand ſich 449 veranlaßt, ſeine Allgemeinheit von neuem einzuſchärfen[v]), aber noch Anaſtaſius eifert gegen das Beſtreben, durch mehr oder weniger ſcheinbare Auslegungen manchen Klagen gegen den Geiſt des Geſetzes die alte Unverjährbarkeit zu retten. Er verzweifelt an der Möglichkeit, dieſen Verſuchen durch unzweideutige Beſtimmungen zu begegnen, und greift zu dem Auskunftsmittel, für alle die Fälle, wo man mit einigem Schein an der Anwendbarkeit der dreißigjährigen Verjährung zweifeln könnte, eine vierzigjährige vorzuſchreiben, mit deren Ablauf dann aber ganz entſchieden die Klage erloſchen ſeyn ſolle[w]). Juſtinian ſchärft die Regel ein,

---

rius. Dreißig Jahre wenn er in derſelben Provinz, vierzig, wenn er in einer andern ſich aufgehalten hat.

t) Conſtantius u. Conſtans L. 2 C. Th. de longi temp. pr. (4, 13).

u) L. un. C. Th. de actionib. certo tempore finiendis (4, 14): Sicut in rem speciales (nach dem bisherigen Recht), ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur u. ſ. f. Mit einigen Veränderungen in den juſtinianiſchen Codex aufgenommen: L. 3 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

v) Nov. Valent. tit. 27: de triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda. *w*) L. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Anaſtaſius ſelbſt hat nachher wieder für unverjährbar erklärt die Anſprüche der Städte auf die zum Eintritt in ihre Curie verpflichteten Perſonen und die Steuerforderungen des Fiscus L. 5. 6 C. eod.

daß alle Klagen, für die nicht eine kürzere Zeit feſtgeſetzt iſt, in 30 Jahren verjähren, und läßt nur zwey Ausnahmen zu, wo 40 Jahre nöthig ſeyn ſollen (die hypothekariſche Klage gegen den Schuldner, und unter Umſtänden gegen einen nachſtehenden Pfandgläubiger, und die Klagen, die ſchon einmal anhängig gemacht, aber nicht bis zum Urtheil durchgeführt worden ſind), auch nimmt er die Zeit, wo die Klage zu den Adventicien eines Filiusfamilias gehört, von der Rechnung aus[x]).

Durch dieſe allgemeine Einführung der Klagverjährung hat ſich die Bedeutung der Ausdrücke temporales und perpetuae actiones, die man als herkömmlich beibehielt, geändert. Da die dreißig- und mehrjährige Verjährung die Klagen trifft, welche früher unverjährbar waren, ſo werden nun perpetuae actiones diejenigen genannt, die erſt in dreißig oder mehr Jahren verjähren, der Ausdruck temporales actiones, der nun eigentlich auf alle Klagen paſſen würde, wird auf die beſchränkt, die eine kürzere Verjährungszeit haben.

Der Ausdehnung des Inſtituts der Klagverjährung im neueren Recht liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, daß die Vertheidigung gegen einen Anſpruch deſto ſchwieriger iſt, je weiter ſeine Erhebung hinausgeſchoben wird. Je länger ein Kläger mit der Anſtellung ſeiner Klage zögert, deſto günſtiger geſtaltet ſich für ihn die Möglichkeit, daß das Gedächtniß einer etwa geſchehenen Tilgung des Anſpruchs oder ſonſtiger Einwendungen ſich verliert, oder, was denſelben Erfolg hat, daß die Mittel, wodurch ſie bewieſen werden könnten, untergehen, während man auf der andern Seite annehmen muß, daß jeder,

---

x) L. 1 C. de annali exc. (7, 40). Nachher hat Juſtinian noch für ſolche Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, die außerdem unter die dreißigjährige Verjährung fallen würden, anfangs 100 Jahre L. 23 C. de SS. eccles. (1, 2), ſpäter 40 Jahre als Verjährungszeit feſtgeſetzt Nov. 111. 131 cap. 6, für die Zurückforderung des in einem unerlaubten Spiel verlorenen 50 Jahre L. 3 C. de aleat. (3, 43).

dem ein ſolcher Anſpruch wirklich zuſteht, ihn ſo bald als möglich geltend machen wird. Allerdings wird eine Verzögerung häufig in bloßer Unaufmerkſamkeit und Nachläßigkeit des Klägers, nicht in einer bewußten Machination ihren Grund haben, aber es kann keinen Augenblick zweifelhaft ſeyn, daß billigerweiſe ihm, nicht dem Beklagten, der Nachtheil, der aus dieſem Mangel an Sorgfalt entſpringt, zuzuweiſen iſt.

Darum trifft nun aber auch die Verjährung

1) nur die Rechtsmittel, welche ſelbſtſtändig und ohne die Thätigkeit eines Andern vorauszuſetzen gebraucht werden können, alſo die Klagen, nicht die Einreden, da die Geltendmachung eines Anſpruchs durch Einrede ſtets von der Anbringung eines anderen Anſpruchs durch den Gegner abhängt[y]).

2) Die Verjährung ſetzt eine entſtandene Klage (actio nata) voraus, vor dieſem Zeitpunkt kann ſie nicht anfangen zu laufen, und ſie wird durch das ſpätere Wegfallen ihrer Veranlaſſung unterbrochen. In einem gewiſſen Sinn iſt die Klage

---

y) L. 5 §. 6 D. de doli exc. (44, 4): Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. Eine Anwendung der Verjährung auf Einreden könnte nur dadurch denkbar werden, daß man die Klagverjährung auf die Rechte ſelbſt z. B. auf die Obligationen bezöge, dann würden dieſe durch die Verjährung untergehen, und damit natürlich auch jedes Rechtsmittel, mit dem ſie geltend zu machen ſind. Aber dieß wäre eben eine ganz falſche Auffaſſung jenes Inſtituts. Der Untergang eines Rechts durch Ablauf einer gewiſſen Zeit z. B. der Obligatio des sponsor ex lege furia iſt ein ganz anderes Rechtsinſtitut (ſ. oben). So iſt dem Ausſteller eines Empfangsſcheins unter Umſtänden das Recht gegeben, denſelben innerhalb einer gewiſſen Zeit als grundlos ausgeſtellt anzufechten, und dieß kann durch Klage, Verneinung der darauf gegründeten Klage, oder exceptio (non numeratae pecuniae) geſchehen. Nach Ablauf jener Zeit geht dieſes Recht unter, und damit auch ſeine Geltendmachung durch Klage, Negation und Einrede, aber dieß iſt keine Verjährung der Klage, der Negation, der Einrede, ſondern eine Verjährung jenes Rechts ſelbſt, unabhängig von dieſen Rechtsmitteln.

vorhanden mit dem Recht z. B. dem Eigenthum, der Obligatio, woraus ſie entſpringt. Aber dieß iſt zur Verjährung noch nicht hinreichend, ſie muß auch veranlaßt ſeyn, erſt dann iſt ſie eine actio nata. Dieß geſchieht dadurch, daß das Recht des Klägers verletzt, alſo die Vorausſetzung des Schutzgeſuchs eingetreten iſt. Die Verjährung einer Vindication ſetzt daher voraus, daß ein Anderer die Sache und zwar ſo beſitzt, daß er dem Eigenthümer dieſen Beſitz vorenthält[z]), und wenn er den Beſitz verliert, ſo iſt die Verjährung unterbrochen, und beginnt gegen den neuen Beſitzer von neuem, wenn dieſer nicht Succeſſor des vorigen iſt und ſomit den Beſitz dieſes nur fortſetzt[aa]). Bey perſönlichen Klagen muß nicht bloß die Obligatio exiſtiren (daher z. B. bey einer bedingten die Verjährung nie vor der Exiſtenz der Bedingung beginnt), ſondern der Schuldner muß durch Nichterfüllung das Recht des Gläubigers verletzt haben. Dieß ſetzt voraus, daß dies obligationis venit (§. 204 Note c)[bb]), und nicht außerdem noch die beſondere Natur der Obligation eine Uebereinſtimmung beider Parteien in den Aufſchub der Leiſtung darbietet[cc]). Darum wird denn auch die Verjährung unterbrochen, wenn der Schuldner irgend etwas gegenüber dem Gläubiger vornimmt, wodurch

---

z) Wenn daher der Andere als Pächter von dem Eigenthümer beſitzt, ſo beginnt die Verjährung nicht, ſo lange er nur den Beſitz deſſelben ausübt, alſo der Eigenthümer ihn nicht verloren hat.

aa) Sogar wenn die Verjährung gegen den früheren ſchon vollendet war, kann ſich der neue, der nicht ſein Succeſſor iſt, nicht darauf berufen L. 8 §. 1 C. de pr. XXX. ann. (7, 39).

bb) L. 3. 7 §. 4 C. eod. L. 1 §. 1 C. de ann. exc. (7, 40).

cc) Wenn eine Sache deponirt worden iſt, kann der Deponent nach Willkühr ſie zurückfordern, daher kann man ſagen: dies venit, ſo lange er aber nicht die Zurückgabe will, verletzt der Depoſitar dieſe Forderung ſo wenig, daß er die Rückgabe vielmehr dem Contract gemäß unterläßt, daher beginnt die Verjährung der actio depositi erſt von dem Augenblick an, wo der Depoſitar dem Willen des Deponenten gemäß die Sache hätte zurückgeben ſollen und dieß nicht gethan hat. Vgl. L. 1 §. 22 D. depos. (16, 3).

er deſſen Forderung anerkennt z. B. um Nachſicht bittet, Zinſen zahlt, ein Pfand beſtellt u. ſ. f., und ſie muß nach einem ſolchen Ereigniß ganz von neuem beginnen[dd]). — Auch durch dieſes Erforderniß iſt die Anwendung der Klagverjährung auf Einreden ausgeſchloſſen, denn die exceptio iſt erſt nata in jenem Sinn durch die Anſtellung der Klage. Sie kann verloren gehen durch Verſäumniß ihrer Vorſchützung in dem Stadium des Proceſſes, welches dafür beſtimmt iſt, aber nicht durch den bloßen Ablauf eines Zeitraums.

3) Die Klage iſt verjährt, wenn ſie die ihr geſetzte Zeit hindurch nicht angeſtellt worden iſt; durch die Anſtellung innerhalb dieſer Zeit wird die Verjährung gehindert. Es fragt ſich nun, welcher Act bewirkt dieß? Der Umſtand, daß die angeſtellte Klage im alten ordo iudiciorum die formula iſt, die der Prätor giebt, führt uns auf die Litisconteſtation (§. 172). Man drückt dieß gewöhnlich, aber nicht richtig, ſo aus: die Litisconteſtation habe die Verjährung unterbrochen[ee]). Aber die Litisconteſtation conſumirte das Klagerecht, und nahm alſo das Object der Verjährung hinweg; man kann dieß ſo wenig eine eigentliche Unterbrechung nennen, als z. B. die Befriedigung des Gläubigers. Der richtige Ausdruck iſt: die L. C. macht die Verjährung (wie auch die Beſchränkung der Klage auf das Leben des Beklagten oder des Klägers) unmöglich oder unſchädlich, und ſo drücken ſich auch die römiſchen Juriſten aus[ff]). Alſo um die Verjährung zu verhüten,

---

dd) L. 7 §. 5 L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

ee) Unterholzner Verjährungslehre I §. 124. Savigny Syſtem V S. 316.

ff) L. 8 in f. D. de fideiuss. tut. (27, 7) L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2) L. 24 pr. D. de lib. causa (40, 12) L. 29 D. de novat. (46. 2). Dieß tritt recht augenſcheinlich hervor bey der Verjährung der in rem actio, der Ablauf der Zeit nach der L. C. iſt unſchädlich, weil alles nach der Zeit der L. C. beurtheilt wird L. 10 C. de pr. longi temp. (7, 33), daſſelbe gilt aber auch von der Uſucapion, die gewiß durch die L. C. nicht unterbrochen wird, §. 239 Note x.

iſt Litis Conteſtatio nöthig[gg]), das was ihr vorhergeht, iſt für ſich nicht dazu hinreichend. Wahrſcheinlich aber war es genügend, wenn nur bis zum Vadimonium oder bis zu der ſpäter eingeführten Litis Denuntiatio (§. 160) die Zeit nicht abgelaufen war, vorausgeſetzt natürlich, daß die L. C. wirklich darauf folgte. Das Recht der vierten Periode hat (was ſchon früher bey dem Verfahren extra ordinem galt, ſofern hier eine Klagverjährung vorkam) eine Unterbrechung der Verjährung durch das Anbringen der Klage in der damals geltenden Form (§. 184), vorausgeſetzt daß dieſe Anſtellung durch Citation des Beklagten als eine wirkſame ſich bewährt, eingeführt[hh]).

Die Klagverjährung wurde früher in der Form einer Präſcriptio (§. 171) geltend gemacht (praescriptio temporis, temporalis praescriptio), und davon iſt dieſer Name noch in ſpäterer Zeit, als es keine Präſcriptionen dieſer Art mehr gab und jene Einrede die Form der exceptio erhielt, geblieben[ii]). Die exceptio temporis iſt eine exceptio perpetua oder peremtoria; nun giebt es zwey Claſſen ſolcher Einreden: die eine und zahlreichſte macht das Recht völlig unwirkſam, die andere trifft nur die Klage (tantum ab actione liberat), läßt alſo das Recht mit ſeinen ſonſtigen Wirkungen unberührt[kk]). Zu wel-

---

gg) L. 1 §. 2 D. de feriis (2, 12) L. 28 §. 4 D. de iudic. (5, 1).

hh) L. 3. 7 pr. §. 5 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Juſtinian hat dem Kläger die Unterbrechung überdieß durch die Gewährung anderer Mittel, die unter Umſtänden die Klaganſtellung erſetzen ſollen, erleichtert L. 2. 3 C. de ann. exc. (7, 40). Er bezieht ſich darauf in L. 5 C. de duob. reis (8, 40).

ii) Wenn ſchon in iure der Ablauf der Verjährungszeit klar und unbeſtritten war, ſo fiel natürlich praescriptio und exceptio weg, der Prätor verweigerte die Formel, deren Verleihung ohne Zweck geweſen wäre.

kk) Ganz oder theilweiſe, denn es giebt allerdings Einreden, die ſich auch noch auf einige ſolche Wirkungen erſtrecken; z. B. die ex-

cher dieſer Claſſen gehört die exceptio temporis? Ihrer Begründung nach bezieht ſie ſich nur auf die Klage, ſie ſetzt nur die Nichtanſtellung der Klage während der Verjährungszeit voraus, es wäre daher eine rein willkührliche Beſtimmung, wenn ſie ihre zerſtörende Kraft auch auf andere, von der Klage an ſich unabhängige Wirkungen des Rechts erſtreckte. Die Frage iſt alſo: hat das römiſche Recht, durch eine ſinguläre Vorſchrift, der Klagverjährung dieſe über ihre eigentliche Natur hinausgehende Wirkung beigelegt? Bey der in rem actio iſt dieß nicht einmal möglich; würde man eine Aufhebung des Eigenthums ſelbſt als Folge der Klagverjährung annehmen, ſo bliebe nur folgende Alternative: entweder geht das Eigenthum auf den Beſitzer über, dann hat die Klagverjährung aufgehört dieſes zu ſeyn, und iſt eine Erſitzung geworden, oder man hält den Begriff der Klagverjährung feſt, dann wäre die Folge des Eigenthumsverluſtes von Seiten des Klagberechtigten, daß die Sache herrenlos würde; da nun dieſe doch wieder dem Beſitzer als Occupanten zufiele, ſo wäre es auch hier eine Sinnloſigkeit, Klagverjährung und Erſitzung ferner zu unterſcheiden. Die Frage wird alſo auf die perſönlichen Klagen zu beſchränken ſeyn, für dieſe müßte das römiſche Recht aus irgend einem beſondern Grund das feſtgeſetzt haben, was der Natur des Inſtituts fremd, und bey der in rem actio ohne ſeine Aufhebung ſelbſt ſogar undenkbar iſt. Eine ſolche Vorſchrift findet ſich nun nirgends[ll]). Deſſenungeachtet

---

ceptio S. C. macedoniani befreit den filiusfamilias von der Klage aus einem ihm gegebenen Gelddarlehen, ſie erſtreckt ſich aber auch auf alle andern Mittel, ihn direct oder indirect zur Zahlung zu nöthigen, ſo auf die Klage aus dem für das Darlehen beſtellten Pfandrecht, auf die Klage gegen den Bürgen, ſofern ſie jenen Erfolg haben würden.

ll) Man muß ſich hüten, die Stellen, welche von einer Befreiung des Schuldners durch Zeitablauf ſprechen z. B. L. 25 §. 1 D. ratam rem hab. (46, 8) L. 38 §. 4 D. de solut. (46, 3) u. a., ohne weiteres auf die Klagverjährung zu beziehen, wie es von Vertheidigern beider hier möglicher Anſichten mehrfach irrthümlich geſchehen iſt.

fehlt es nicht an Solchen, welche behaupten, durch die Verjährung der Klage werde die Obligatio ganz wirkungslos [mm]). Meiſtens wird die Frage unerheblich ſeyn, da die ſonſtigen Wirkungen, die nach der richtigen Anſicht fortdauern, ihrer Natur nach von dem Zuſammentreffen beſonderer Umſtände abhängen, und wo dieſe nicht eintreten, gar nicht zum Vorſchein kommen. Solche Wirkungen ſind: 1) der Schuldner, der nach abgelaufener Verjährung zahlt, kann das Gezahlte nicht als ein indebitum zurückfordern, da er es doch noch ſchuldete, wenn er auch nicht klagweiſe zur Zahlung angehalten werden konnte [nn]); 2) der Gläubiger kann die Forderung nach verjährter Klage durch Exceptio gegen eine Klage ſeines Schuldners z. B. durch Compenſation geltend machen [oo]); 3) das für die Forderung beſtehende Pfandrecht, welches mit ihr untergeht, dauert fort, wenn die Klage aus der Forderung verjährt iſt [pp]); ebenſo iſt eine Verpfändung nicht darum un=

---

mm) Am ſorgfältigſten hat dieſe unrichtige Anſicht ausgeführt Büchel über die Wirkung der Klagverjährung, civilr. Erört. I. 1 und II S. 255—264.

nn) Dieß iſt die unbedenklichſte Wirkung, die auch die Anhänger der entgegengeſetzten Meinung annehmen könnten, ohne dieſe im übrigen aufzugeben. Denn dieſe Zurückforderung iſt zuweilen ausgeſchloſſen, wo in der That keine Obligatio beſtand z. B. wenn die Repetitio eine ſittliche Pflicht verletzen würde L. 32 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6).

oo) A. iſt B. 1000 ſchuldig, einige Zeit nachher wird B. dieſelbe oder eine größere Summe dem A. ſchuldig. B. klagt ſeine Forderung nicht ein, weil er vorausſieht, daß A. ihm die Compenſation entgegenſetzen, und er daher mit ſeiner Klage abgewieſen werden wird, in der That bedarf er der Klage nicht, um befriedigt zu werden, da er ſo viel zahlen muß, als er zu empfangen hat, er läßt ſie verjähren. So lange hat A. mit ſeiner Klage gewartet, er ſtellt ſie, die noch nicht verjährte, jetzt an. Nach der entgegengeſetzten Meinung müßte B. ſchlechthin condemnirt werden, nach der richtigen kann er noch immer ſeine Gegenforderung im Wege der Exceptio in Abrechnung bringen.

pp) Die Erhaltung dieſer Wirkung der Obligatio iſt unzweideutig

gültig, daß ſie nach dem Ablauf der Klagverjährung geſchieht[qq]).

CCIX. Der Schutz der Rechte, welcher die ordentliche Aufgabe der Gerichte iſt, und der durch die gerichtlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klagen und Einreden) herbeigeführt wird, hat nicht den Zweck, die Rechte ſelbſt zu verändern, ſondern ſie anzuerkennen, aufrecht zu erhalten, und ihre Ausübung herzuſtellen. Die Veränderungen, die dabey mit den Rechten vorgehen, haben, ſoweit ſie wirklich durch das Recht beabſichtigt ſind, im Grunde nur einen formellen Charakter, der weſentliche Gehalt der Rechte ſoll nicht verändert werden, und ſofern wirklich eine materielle Veränderung mit ihnen durch das Inſtitut des ordentlichen Rechtsſchutzes eintritt, ſo iſt dieß eine unwillkührliche, nur nicht völlig auszuſchließende Folge.

So iſt oben bemerkt worden, daß in der Anhängigmachung

---

in unſeren Quellen ausgeſprochen, indem der hypothekariſchen Klage gegen den Schuldner eine anfangs ewige, dann vierzigjährige Dauer gegeben iſt, während die perſönliche Klage in dreißig Jahren verjährt L. 7 pr. §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

qq) Von ſonſtigen Wirkungen einer Obligatio außer der Klage ſind noch zu erwähnen das Conſtitutum und die Adpromiſſio, die beide eine beſtehende Obligatio vorausſetzen. Aber daß die Verbindlichkeit aus dem Conſtitutum fortdauert, wenn die Klage aus der conſtituirten Obligatio verjährt iſt, entſcheidet nichts, da ſie auch durch einen wirklichen Untergang der letzten, außer der Befriedigung des Gläubigers, nicht untergeht L. 18 §. 1. 3 L. 19 §. 2 L. 20 D. de pec. const. (13, 5). Die Frage iſt alſo hier nur die, ob ein Conſtitutum gelte, wenn der Vertrag nach abgelaufener Verjährung geſchloſſen wird. Beſondere Schwierigkeiten hat, nicht das Princip ſelbſt, aber die Anwendung deſſelben bey der Adpromiſſio: Einfluß der Klagverjährung gegen den Hauptſchuldner auf die Gültigkeit oder Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen. Die Frage würde ein näheres Eingehen in die Natur dieſes Rechtsverhältniſſes fordern, als hier am Ort wäre.

des Rechtsſtreits und in der Unterwerfung der Rechte unter das richterliche Urtheil eine Umgeſtaltung derſelben liegt, aber die Abſicht iſt nicht, das Recht des Klägers und des Beklagten materiell zu ändern, jedem ſoll vielmehr das werden, was weſentlich in ſeinem Rechte liegt. Wenn ferner das ipso iure beſtehende Recht durch eine entgegenſtehende exceptio entkräftet wird, ſo erleidet es allerdings im Weg des Rechtsſchutzes eine weſentliche Modification, aber doch betrifft auch dieſe im Grunde nur die Form, das Recht welches durch die entgegenſtehende Exceptio wirkungslos wird, beſtand zwar, aber nur formell; wird der Gläubiger, deſſen Forderung ipso iure aufgehoben war, durch den Richter abgewieſen, ſo geht mit ſeinem Recht durch den Proceß ſelbſt keine Veränderung vor, weder materiell noch formell, hebt dagegen ein Umſtand die Forderung nur ope exceptionis auf, ſo daß ſie ipso iure noch beſteht, ſo iſt dieſes Daſeyn doch nur ein formelles, materiell muß der Schuldner, ſo lange er die Exceptio hat, eben ſo gut als befreit betrachtet werden, als wenn der Umſtand ipso iure wirkte[a]). Wenn ſodann der Rechtsſchutz ſelbſt beſchränkt und dadurch die Rechte in ihrer Wirkung gemindert werden, wie durch die Klagverjährung, ſo iſt es auch hier in der That die Sicherheit und Aufrechthaltung des wirklichen Rechts, die dadurch befördert werden ſoll, und wenn jemand in Folge jenes Inſtituts einen Anſpruch, der ihm wirklich gebührt, durch ſeine Unthätigkeit verliert, ſo iſt dieß ein Erfolg, der nicht eigentlich beabſichtigt, ſondern nur ein nothwendiges Opfer iſt, das den wahren Zwecken jener wohlthätigen Einrichtung gebracht werden muß. Endlich kann eine materielle Rechtsänderung die Folge des gerichtlichen Verfahrens dadurch ſeyn,

---

a) L. 66 D. de R. I. (50, 17): desinit debitor esse is qui nanctus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem. L. 112 eod.: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

daß ein ungerechtes Urtheil geſprochen wird, natürlich aber kann dieß nicht dem Inſtitut des rechtlichen Schutzes ſelbſt, ſondern nur der, bis auf einen gewiſſen Grad unvermeidlichen, Unvollkommenheit ſeiner Ausführung zur Laſt gelegt werden.

Es giebt indeſſen einen außerordentlichen Schutz, der geradezu die Abſicht hat, die beſtehenden Rechtsverhältniſſe abzuändern, verlorene Rechte wiederherzuſtellen, vorhandene aufzuheben. Dieß iſt die in integrum restitutio oder Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Während das ſonſtige gerichtliche Verfahren dazu beſtimmt iſt, die Rechte gegen Verletzungen, gegen das Unrecht, das der Einzelne verübt, zu ſchützen, ſo ſoll dieſe außerordentliche Hülfe ein Unrecht entfernen, welches eine Folge der ſtrengen Anwendung des Rechts ſelbſt iſt, ein Unrecht alſo im höheren Sinn, welches uns in der Geſtalt des Rechts ſelbſt begegnet, einen Zuſtand, der zwar mit den Vorſchriften des beſtehenden Rechts, wie ſie eben ſind und vielleicht auch ohne Nachtheil für das Ganze nicht anders ſeyn können, nicht in Conflict ſteht, gegen den aber der wahre Gerechtigkeitsſinn ſich auflehnt. Dem nicht völlig auszuſchließenden Nachtheil, daß das Recht in ſeiner Anwendung auf die individuellen Fälle zuweilen in ein wirkliches Unrecht umſchlägt, ſoll durch jenes Mittel abgeholfen werden.

Die proceſſualiſche Seite dieſes Inſtituts iſt im dritten Buch (§. 177) dargeſtellt worden; dieß konnte nicht geſchehen, ohne dort ſchon die Natur und den Begriff deſſelben zu entwickeln. Hier ſoll noch näher von den materiellen Erforderniſſen die Rede ſeyn.

Das erſte dieſer Erforderniſſe iſt ein Nachtheil (Läſion), den jemand durch das Recht erlitten hat. Darin liegt 1) daß ihm das ordentliche Recht nicht ſelbſt eine Hülfe dagegen gewährt, denn in dieſem Fall iſt er nicht durch das Recht ver-

letzt[b]). Wenn daher ein Unmündiger ohne ſeinen Tutor ein ihn verpflichtendes Rechtsgeſchäft vorgenommen hat, ſo iſt die Reſtitution undenkbar, da das Geſchäft nicht zu Recht beſteht; eben ſo wenn jemand in einem Vertrag ſo übervortheilt iſt, daß ihm gegen die Geltendmachung deſſelben die exceptio doli zuſteht; 2) daß der Nachtheil nicht ein außer dem Bereich des Rechts, außer Cauſalzuſammenhang mit dem eingegangenen juriſtiſchen Verhältniß, alſo daß er nicht ein rein zufälliger ſey, wie z. B. wenn eine Erbſchaft angetreten worden wäre, bey der damals die Activa die Paſſiva weit überſtiegen, nachher aber durch nicht vorherzuſehende und unvermeidliche Verluſte das Verhältniß ſich umgekehrt hat[c]); 3) daß der Verletzte ſich nicht durch eine tadelnswerthe Handlungsweiſe den Nachtheil ſelbſt zugezogen hat, denn auch hier kann er nicht dem Recht die Schuld ſeines Verluſtes beimeſſen[d]).

Das zweite Erforderniß iſt die Exiſtenz einer iusta causa, eines Grundes, der es zu einer Forderung der höheren, über die Gränzen des ſtrengen Rechts hinausgehenden Gerechtigkeit macht, eine Hülfe zu gewähren. Dieſer Reſtitutionsgrund muß in dem Verhältniß zur Läſion ſtehen, daß er ſie hervorgebracht hat[e]). In dieſer Beziehung zerfallen die Reſtitutionen in zwey Claſſen: die eine bildet die Reſtitution der Minderjährigen, die andere enthält die Reſtitutionen, die von dieſem Alter unabhängig ſind, alſo den Großjährigen zu Theil werden können[f]).

Wenn ein minor xxv annis, den das Recht als eine vollkommen handlungsfähige Perſon anerkennt, und dem es

---

b) L. 16 D. de minor. (4, 4): — si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

c) L. 11 §. 4. 5 D. eod.

d) L. 16 D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

e) L. 44 D. eod. L. 11 §. 4 D. de minor. (4, 4).

f) Eine Zuſammenſtellung der Gründe enthalten L. 1. 2 D. de in integrum rest. (4, 1) Paulus sent. I. 7: de integri restitutione §. 2.

auch die eigene Verwaltung ſeines Vermögens nicht ohne ſeinen Willen entzieht (da er keinen Curator wider ſeinen Willen erhält), durch die Unerfahrenheit und den leichten, momentanen Eindrücken geöffneten Sinn — die natürlichen, und darum nicht tadelnswerthen Begleiter des jugendlichen Alters —, in rechtlichen Nachtheil geräth, ſo will der Prätor, ohne hier nach einem andern Grund zu fragen (wenn auch nicht ohne Ausnahme) ihn in integrum reſtituiren[g]). Auf dieſe Weiſe ſollte die Colliſion des Rechts, welches den Minderjährigen in die Reihe der ſelbſtthätig in den rechtlichen Verkehr eingreifenden Perſonen ſtellt, mit der Natur, die ihnen die factiſche Fähigkeit dazu nicht vollkommen gewährt, ausgeglichen werden. Zuerſt iſt dem Alter unter 25 Jahren eine juriſtiſche Bedeutung gegeben worden durch die Lex Plätoria[h]), weshalb die maior aetas von den römiſchen Juriſten ſchlechtweg legitima aetas genannt wird. Die Zeit des Geſetzes wird nicht angegeben, doch muß es ſchon in der Mitte des ſechſten Jahrhunderts beſtanden haben[i]), und es iſt wahrſcheinlich, daß es nicht viel früher gegeben worden iſt: der Charakter des Geſetzes entſpricht jener Zeit, und auch die Anſpielungen des Plautus paſſen vorzugsweiſe auf ein Geſetz, das ſeit kurzem einer gewiſſen Claſſe von Leuten, deren Treiben dadurch geſtört wurde, viel zu reden gab. Das Geſetz ſchrieb vor, daß die Uebervortheilung eines Minderjährigen eine öffentliche An-

---

g) Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit animadvertam L. 1 §. 1 D. de minorib. (4, 4).

h) L. 2 C. Th. de donat. (8, 12): — annos plaetoriae legis egressus —.

i) Plautus (geſt. 570) meint es ohne Zweifel im Pſeudolus I. 3, 69: lex me perdit quina vicenaria, metuunt credere omnes. Auch im Rudens V. 3, 24 sqq. bezieht er ſich darauf: cedo qui cum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus.

klage gegen den Betrüger zur Folge haben ſollte, mit der Wirkung der Infamia für den Verurtheilten[k]). Natürlich wurde der Minderjährige auch gegen die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts in Schutz genommen, in dem er übervortheilt worden war, er konnte der Klage daraus den Einwand entgegenſtellen, den Plautus (Note i) erwähnt, und der noch in einer Stelle des Paulus vorkommt[l]). Die Prätoren nun nahmen den Schutz, den das Geſetz den Minderjährigen gab, auf, aber ſie giengen noch viel weiter; während die Lex Plätoria einen Dolus des Gegners vorausſetzt, erklärten ſie den Erfolg ſelbſt, die Benachtheiligung des minor durch ein Rechtsgeſchäft, für hinreichend, ihm unter Umſtänden in dem außerordentlichen Weg der in integrum restitutio Anſpruch auf Hülfe zu geben.

Ein zweiter Grund der Reſtitution, den die römiſchen Juriſten unter der Rubrik: ex quibus causis maiores xxv annis in integrum restituuntur behandeln, iſt die Abweſenheit[m]). Der Prätor verſpricht die Reſtitution dem 1) der aus begründeter Furcht oder in öffentlichem Dienſt (reipublicae causa) abweſend, oder im Gefängniß, im Zuſtand der Knechtſchaft, in feindlicher Gewalt war, und durch dieſes Hinderniß ein Recht verloren oder verſäumt hat; 2) der dadurch, daß ſein Gegner, ohne einen Defenſor zu haben, abweſend, oder im Gefängniß war, oder ſich verborgen hielt, oder weil derſelbe nicht wider Willen in ius vocirt werden konnte, etwas verſäumt oder verloren hat (z. B. durch Uſucapion von Seiten deſſelben); 3) dem ein Hinderniß in der Perſon des Magiſtrats einen ſolchen Verluſt zugezogen hat; 4) der Prätor be-

k) Cic. de nat. deor. III. 30, offic. III. 15. Lex iulia munic. (tab. heracl. Z. 111 f.).

l) L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1).

m) Das Edict ſteht in L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. (4, 6).

hält ſich vor, noch aus andern Gründen zu reſtituiren[n]). Die letzte allgemeine Clauſel bezieht ſich zunächſt auf andere Fälle der Abweſenheit, außer den ſpeciell aufgezählten, wofür die Regel gegeben wird, daß jede nicht freiwillige einen Grund abgeben kann, und auch eine freiwillige, wenn dem Abweſenden keine Nachläſſigkeit in der Beſtellung eines Procurators, wodurch der Verluſt hätte verhütet werden können, zur Laſt fällt, vorausgeſetzt daß dieſe Abweſenheit auf löblichen Motiven beruht[o]); ſie wurde aber auch auf andere unfreiwillige Hinderniſſe, wodurch die Ausübung eines Rechts verſäumt worden iſt, angewendet[p]).

Wenn jemand durch Drohung (vis ac metus) zu einer ihm nachtheiligen Handlung vermocht worden iſt, ſo iſt die Handlung nicht nichtig: qnia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui[q]). Aber es wäre contra bonos mores ein ſolches Geſchäft aufrecht zu erhalten. Iſt durch den Zwang die Abſchließung eines bonae fidei negotium veranlaßt, ſo liegt eine Hülfe ſchon in der rechtlichen Natur des Geſchäfts, der Richter kann den Gezwungenen nicht condemniren[r]). Anders wenn der Zwang die Aufhebung einer Obligation (auch einer bonae fidei obligatio)[s]), oder die Vornahme eines andern Geſchäfts bewirkt hat[t]), hier interponirt ſich der

---

n) Dieſe generalis clausula lautet a. a. O. ſo: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatus consulta edicta decreta principum licebit. (Valerius Probus: I. C. E. V. iusta causa esse videbitur. R.)

o) L. 26 §. 9 L. 28 pr. §. 1 D. ex quib. caus. mai. (4, 6). Auch auf Wahnſinnige, infantes und juriſtiſche Perſonen hat ſchon Labeo die Reſtitution wegen Abweſenheit angewendet, ſo daß dieſe als juriſtiſch abweſend gelten L. 22 §. 2 eod.

p) L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19). *q*) L. 21 §. 5 D. quod metus causa (4, 2). *r*) L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17). *s*) L. 21 §. 4 D. quod metus causa (4, 2). *t*) Z. B. Antritt oder Repudiation einer Erbſchaft L. 21 §. 5. 6 D. eod. oder eine Stipulation, eine Eigenthumsübertragung ꝛc. L. 9 §. 2 sqq. eod.

Prätor [u]). Er giebt gegen jeden, der das metus causa gestum geltend macht (z. B. die erzwungene Stipulation, den erzwungenen Erbſchaftsantritt) die exceptio metus [v]), iſt aber dem Gezwungenen ſchon etwas entgangen, ſo ſteht ihm die actio quod metus causa zu auf Erſatz und wenn der Beklagte nicht auf das arbitrium iudicis reſtituirt, auf das Vierfache; auch ſie iſt in rem scripta, ſie geht nicht bloß gegen den Zwingenden, ſondern auch gegen einen dritten Inhaber des abgezwungenen Gegenſtandes [w]); oder er erhält die durch das erzwungene Geſchäft verlorenen Klagen als utiles oder restitutoriae [x]).

Der Umſtand, daß jemand bey der Vornahme eines Geſchäfts betrogen worden iſt, ſchützt ihn gegen die daraus abgeleiteten Anſprüche des Betrügers in einem bonae fidei iudicium. In andern Fällen (mit wenigen Ausnahmen z. B. nach der Lex Plätoria) gewährte das Jus civile keine Hülfe [y]). Der Prätor aber ſchützte den Betrogenen auch in einem strictum

---

u) Das Edict lautet: quod metus (urſprünglich quod vi metusve) causa gestum erit, ratum non habebo L. 1 pr. D. eod.

v) L. 9 §. 3 D. eod. Sie iſt in rem: si in ea re nihil metus causa factum est (ohne den Zuſatz ab actore), es iſt genug daß der Kläger ſeinen Anſpruch aus der erzwungenen Handlung ableitet, wenn er auch an dem Zwang ſelbſt ganz unſchuldig iſt L. 4 §. 33 D. de doli m. et metus except. (44, 4).

w) L. 9 §. 8 L. 14 §. 1—4 D. quod metus (4, 2). Cicero (Verr. III. 65. Vgl. ad Q. fratr. I. 1, 7) nennt dieſe Klage: quod per vim aut metum abstulisset, die formula octaviana. (Ein Conſul L. Octavius kommt 679, ein anderer Cn. Octavius 678 vor. Gewöhnlich hält man erſtern für den Urheber. Das Vierfache und die Ausdehnung gegen Dritte iſt den leges repetundarum entlehnt, in welchen ein caput: quo ea pecunia pervenerit ſchon ſeit der lex servilia ſtehend war. Vgl. Rudorff, über die Octavianiſche Formel, Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XII. 3. R.) Ob dieſe Rechtsmittel, exceptio und actio quod metus causa, noch wahre Reſtitutionen genannt werden können, darüber ſ. §. 177.

x) L. 9 §. 4. 6 L. 21 §. 6 D. quod metus (4, 2).

y) Cic. offic. I. 10. III. 15.

iudicium gegen den Betrüger durch die exceptio doli[z]), und wenn ihm etwas ſchon entgangen war, das durch kein anderes Rechtsmittel wieder erlangt werden konnte, durch die actio doli[aa]); kann indeſſen durch einfache Aufhebung eines Umſtands oder Herſtellung einer verlornen Klage geholfen werden, ſo wird dieſer Weg vorgezogen[bb]).

Ein Thun oder Unterlaſſen kann durch ignorantia oder error (Nichtwiſſen oder Falſchwiſſen eines Umſtands, der auf unſere Handlung von Einfluß iſt) veranlaßt, und dadurch ein rechtlicher Nachtheil für den Irrenden oder Unwiſſenden entſtanden ſeyn. Ein Irrthum iſt auch mit dem Betrug verknüpft, denn dieſer iſt die abſichtliche Hervorbringung oder Benutzung des Irrthums eines Andern zu einem rechtswidrigen Zweck; wir ſprechen hier von dem Irrthum, welcher von dem Dolus eines Andern unabhängig iſt. In gewiſſen Fällen befreit der Irrthum von dem Nachtheil, der daraus entſtehen könnte, vermöge gemeiner Rechtsvorſchrift, wie wenn eine Friſt, auf welche eine Handlung beſchränkt iſt, nicht laufen ſoll, wenn die Perſon nicht von den Thatſachen, die ſie zu der Handlung berechtigen, unterrichtet iſt[cc]), oder wenn das Recht dem Irrenden eine Klage giebt, um das Verlorene wieder zu erlan-

---

z) L. 1 §. 1 L. 2 §. 1 D. de doli exc. (44, 4). Ulpian (L. 4 §. 33 eod.) nennt einen Prätor Caſſius, der dieſe Exceptio proponirt habe noch ohne die exceptio metus, die erſt ſpäter hinzugekommen ſey. (Daraus folgt aber nicht, daß Caſſius der Erfinder war. Schon Q. Mucius proponirte als Statthalter von Aſien eine ähnliche exceptio gegen Klagen aus verdächtigen syngraphae Cic. ad Att. VI. 1. Ja ſchon Plautus kennt eine Sponſion wegen Dolus des Klägers §. 170 Note q. R.)

aa) Dieſes iudicium de dolo malo hat zuerſt Aquilius 688 proponirt, ſ. Bd. I §. 47 S. 430. Das Edict lautet ſo: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo L. 1 §. 1 D. de dolo malo (4, 3). (Valerius Probus: D. M. F. V. C. C. = dolo malo fraudisve causa commissa. R.)

bb) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1) L. 33 D. de re iud. (42, 1).

cc) Z. B. L. 2 pr. D. quis ordo (38, 15).

gen, z. B. die condictio indebiti dem, der etwas gegeben hat, was er irrig glaubte ſchuldig zu ſeyn. Wo nun dieß nicht der Fall iſt, da kann die außerordentliche Hülfe der in integrum restitutio eintreten (ob iustum errorem), vorausgeſetzt nämlich daß die Hülfe als eine dringende Forderung der höheren Gerechtigkeit erſcheint. So wenn jemand durch ein Geſchäft mit einem Pupillen unter Mitwirkung eines angeblichen Tutor, der es wirklich nicht war und das Geſchäft daher nicht beſtätigen konnte, in Nachtheil gekommen iſt[dd]), eben ſo in einigen andern Fällen[ee]); mehr als bey Andern wird dieſer Reſtitutionsgrund wirkſam bey ſolchen Perſonen, deren Name oder Beruf eine Unwiſſenheit in gewiſſen Sphären mit ſich bringt, ſo bey Frauensperſonen[ff]), bey Soldaten[gg]), endlich bey Perſonen eines Standes und Berufs, der den Mangel an hinreichender Bildung überhaupt (rusticitas) entſchuldigt[hh]). Als Regel iſt ſtets feſtzuhalten, daß der Irrthum, durch den ſich jemand hat zu einer Handlung oder Unterlaſſung verleiten laſſen, die Rechtsbeſtändigkeit des daraus hervorgegangenen Zuſtandes nicht beeinträchtigt, und daß auch durch Reſtitution nur in den dringendſten Fällen, wo ihre Verſagung eine Ungerechtigkeit wäre, geholfen werden kann[ii]). Ueberdieß ſetzt

dd) Das Edict lautet ſo: Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit, (gestum esse dicetur,) si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem L. 1 §. 1. 6 D. quod falso tutore (27, 6).

ee) Z. B. L. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6). L. 2 D. de confess. (42, 2) Gai. IV. 53 u. a.

ff) Früher in ausgedehnterem Maße L. 3 C. Th. de integri rest. (2, 16), ſpäter beſchränkt L. 13 C. de iuris et facti ignor. (1, 17).

gg) Abgeſehen davon, daß ſie als rei publicae causa absentes die Reſtitution wegen Abweſenheit haben können.

hh) L. 1 §. 5 D. de edendo (2, 13).

ii) So iſt namentlich bey der Klagverjährung die Kenntniß des Klägers von der Zuſtändigkeit der Klage unerheblich, die Verjährung beginnt nicht erſt von der Zeit ſeiner Kenntniß, und dieß gilt mit ſehr

die Reſtitution, auch wo ſie eintreten kann, ſtets voraus, daß der Irrthum entſchuldbar (tolerabilis) iſt. Nicht entſchuldigt wird der error iuris, die Nichtkenntniß eines Rechtsſatzes, welcher Rechtskundigen unzweifelhaft iſt, und für jeden Andern durch die Möglichkeit der Belehrung es werden kann. Nur wird unter Umſtänden den Frauen, Soldaten und Ungebildeten ein Rechtsirrthum nachgeſehen[kk]). Entſchuldbar kann ſeyn der error facti, die Nichtkenntniß einer Thatſache[ll]), aber auch dieſer iſt es nicht, wenn er eine tadelnswerthe Nachläſſigkeit oder ungewöhnliche Unwiſſenheit zur Quelle hat[mm]). So wird daher ein error iuris zuweilen zu entſchuldigen, ein error facti zuweilen unentſchuldbar ſeyn[nn]).

Das Inſtitut der in integrum restitutio iſt ein unentbehrliches, auch bey der vollkommenſten Ausbildung des Rechts nach der Seite der individuellen Bedürfniſſe hin wird noch ſtets ein Raum für jene außerordentliche Hülfe übrig bleiben. Zugleich aber läßt ſich nicht verhehlen, daß ein allzuhäufiges und freies Eingreifen in die beſtehenden rechtlichen Zuſtände auf dieſem Wege die Sicherheit des Rechts erſchüttern und die Wohlthat der rechtlichen Ordnung ſchmälern oder vernichten

---

wenigen Ausnahmen auch von dem utile tempus. Aber auch eine Reſtitution der verjährten Klage auf den bloßen Irrthum hin iſt nicht geſtattet.

kk) L. 2. 9 pr. §. 1 D. de iuris et facti ign. (22, 6).

ll) L. 1. 9 pr. D. eod. Wer z. B. eine Perſon für den Tutor des Pupillen hält (Note dd), ungeachtet er ſehr wohl weiß, daß ſie dazu weder durch Geſetz, noch Teſtament, noch durch die Obrigkeit berufen iſt, indem er meint, die Tutel könne noch auf andere Art entſtehen, befindet ſich in einem error iuris und erhält keine Reſtitution. Glaubte er dagegen fälſchlich, der angebliche Tutor ſey wirklich auf irgend eine geſetzmäßige Weiſe berufen, ſo iſt dieß ein factiſcher Irrthum.

mm) L. 3 §. 1 L. 6. 9 §. 2 D. eod. L. 4 D. quod vi (43, 24): — ne melioris conditionis sint stulti quam periti.

nn) Die Lehre vom Irrthum in ihrem ganzen Umfang hat auf ihre wahre Geſtalt zurückgeführt Savigny Syſtem III Beil. VIII.

würde. Dieſer Gefahr ſoll eine möglichſt beſtimmte Theorie des Inſtituts ſelbſt vorbeugen, aber auch gewiſſe beſondere Beſchränkungen ſind in dieſem Sinn feſtgeſetzt worden.

So ſind eine Reihe von Fällen ausgenommen, in welchen keine Reſtitution, auch wenn die ſonſtigen Erforderniſſe vorhanden wären, ſtattfinden ſoll. Die wichtigſte dieſer Ausnahmen bildet die dreißig- und mehrjährige Verjährung. Bey der kürzeren iſt die Reſtitution gegen ihren Ablauf, eine geeignete iusta causa vorausgeſetzt, zuläßig [oo]). Bey der Einführung jener Verjährung entnahmen ſie die Geſetzgeber, da durch eine ſo lange Zeit für jedes Intereſſe des Klägers geſorgt war, wie billig der Reſtitution, ſie wollen, daß der Beklagte nun auch völlig und unter allen Umſtänden gegen die Klage ſicher ſeyn ſoll [pp]).

Eine zweite Beſchränkung liegt darin, daß die Reſtitution innerhalb einer gewiſſen kurzen Zeit geſucht werden muß, durch deren Ablauf der Anſpruch darauf und die Möglichkeit, die Veränderung des Rechtszuſtandes dadurch zu bewirken, verloren geht. Dieſe Zeit iſt nach dem vorjuſtinianiſchen Recht ein annus utilis, ſie beginnt bey Minderjährigen mit dem Zeitpunkt der Volljährigkeit [qq]), bey Abweſenden mit der Rückkehr [rr]), in den übrigen Fällen muß nach Analogie der Klagverjährung der Moment, wo die Reſtitution veranlaßt iſt, alſo die Läſion ſelbſt, ohne Rückſicht auf die Kenntniß des Berechtigten, als Anfang angenommen werden. Conſtantin verord-

---

oo) Die Reſtitution wegen Minderjährigkeit fällt weg, ſeit Juſtinian verordnet hat, daß den minores die Verjährung unter dreißig Jahren ipso iure nicht laufen ſoll L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est (2, 41).

pp) L. 3. 4 C. de pr. xxx ann. (7, 39) vgl. den Schluß der L. 5 C. cit.

qq) L. 19 D. de minor. (4, 4).

rr) L. 1. §. 1 D. ex quib. c. mai. (4, 6) L. 5 C. eod. (2, 54).

nete, daß Minderjährige die Reſtitution in Rom bis zum vollendeten dreißigſten Jahr ihres Alters, im übrigen Italien bis zum Schluß des neun und zwanzigſten, in den Provinzen bis zum zurückgelegten acht und zwanzigſten haben ſollten [ss]). Dieſes Geſetz hob Juſtinian auf, und ſetzte für alle Reſtitutionen an die Stelle des annus utilis ein quadriennium continuum, das übrigens (bey der Reſtitution wegen Minorennität und Abweſenheit, bey den andern verſtand ſichs von ſelbſt) von demſelben Zeitpunkt, wie der annus utilis, beginnen ſoll [tt]).

---

ss) L. 2 C. Th. de integri rest. (2, 16).

tt) L. 7 C. de tempor. in int. rest. (2, 53).

Zweites Kapitel.

Von dem Recht der Perſönlichkeit.

Vorausſetzungen.

CCX. Die Perſönlichkeit des Menſchen iſt ein Recht, das ihm zuſteht (§. 207). Die Verletzung dieſes Rechts kann ein abſolutes Unrecht, ein Delict, ſeyn, aber auch ein relatives, unter dem Schein des Rechts beſtehendes (vgl. Bd. I S. 69 f.). Das Letztere ſetzt voraus, daß einem Menſchen mit dem Schein des Rechts die Perſönlichkeit beſtritten werden kann, die Perſönlichkeit überhaupt oder ein gewiſſer Grad derſelben, daß alſo ihr Gegenſatz im Recht anerkannt ſey, mit andern Worten, daß die Perſönlichkeit oder ein gewiſſer Grad derſelben nicht nothwendig allen Menſchen zukomme. Beides iſt nach römiſchem Recht der Fall. Von den Rechtsmitteln, mit denen die Perſönlichkeit angefochten, und durch die ſie auf der andern Seite geltend gemacht werden kann, wird am Ende dieſes Kapitels gehandelt werden.

Das Recht der Perſönlichkeit ſetzt im allgemeinen zweierley voraus: die Exiſtenz 1) eines Subjects, dem die Perſönlichkeit beigelegt iſt, 2) einer Rechtsvorſchrift, die ſie ihm gewährt.

Das Subject iſt der Menſch, die Exiſtenz des menſchlichen Individuums iſt daher ein weſentliches Erforderniß für die

Entſtehung des Rechts der Perſönlichkeit. Eine Perſon entſteht erſt mit der Geburt, vor derſelben hat der Menſch noch kein ſelbſtſtändiges Daſeyn, er iſt ein Theil der Mutter[a]), das Kind muß nach der Trennung von der Mutter gelebt haben[b]), und menſchliche Geſtalt tragen[c]). Auch die momentane Exiſtenz einer Perſon kann in den Rechtsverhältniſſen eine bedeutende Aenderung bewirken, z. B. ein nachgebornes Kind, welches in dem Teſtament des Vaters präterirt iſt, vernichtet es in dem Moment, wo es als Perſon zum Daſeyn kommt, wenn es auch gleich im nächſten Augenblick ſtirbt. Die Proculianer, die überhaupt dieſe Vernichtung des Teſtaments, wo ſie für den Präterirten ſelbſt kein Intereſſe hat, einzuſchränken ſuchten[d]), erſchwerten den Beweis einer lebendigen Geburt durch das Erforderniß des Schreiens, jeden andern Beweis des Lebens eines bald nach der Geburt todten Kindes hielten ſie für unzuverläßig[e]). Unzweifelhaft dagegen iſt es, daß eine Fehlgeburt, abortus, keine Perſon zum Daſeyn bringt[f]), ein Abortus iſt es aber auch, wenn das unreife Kind bey der Geburt und einige Zeit nachher gelebt hat, ohne doch den Grad der Ausbildung zu haben, der zu einem ſelbſtſtändigen Leben außer der Mutter weſentlich gehört. Uebrigens, wenn gleich zur Entſtehung einer Perſon die Geburt in der jetzt feſtgeſtellten Art erforderlich iſt, wird doch ſchon bey dem

---

a) L. 1. §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

b) L. 129 D. de V. S. (50, 16).

c) Monstra oder prodigia ſind keine Perſonen, aber nicht jede Abweichung von der regelmäßigen Bildung (ostentum L. 38 D. de V. S.) hat dieſe Wirkung, ſondern nur wenn ſie ſo bedeutend iſt, daß das Prädicat eines menſchlichen Weſens für den Partus wegfällt L. 3 C. de postumis (6, 29) L. 14 D. de statu hom. (1, 5). *d*) Gai. II. 123.

e) Juſtinian hat die entgegengeſetzte Meinung der Sabinianer adoptirt, wodurch ganz zwecklos (da es ſich hier nicht um das Intereſſe des Kinds handelt) die Vernichtung der Teſtamente begünſtigt wurde L. 3 C. de postum. (6, 29). *f*) L. 2 C. eod.

noch in Mutter Leib Befindlichen die Möglichkeit der künftigen Perſönlichkeit anerkannt, und, wenn er geboren wird, die Geburt, wo es ſeinen perſönlichen Zuſtänden vortheilhaft iſt, auf den ihm günſtigſten Moment der Schwangerſchaft zurückbezogen[g]).

Was nun die Rechtsvorſchrift anlangt, welche in dem Subject, das auf die angegebene Art zum Daſeyn kommt, die Perſönlichkeit anerkennt, ſo hat den Römern ein Zuſtand vorgeſchwebt, wo dieſer Rechtsſatz ganz allgemein lautete, allen Menſchen Rechtsfähigkeit und allen auf gleiche Weiſe zuerkannt wurde. Es war nach ihrer Anſicht die Zeit der ausſchließlichen Herrſchaft des ius naturale in dem beſonderen Sinn des Wort (Bd. I §. 9 Note a). Aber ſchon das ius gentium hat dieß geändert, es ſtatuirt Menſchen ohne Rechtsfähigkeit, Sclaven, und damit drey Claſſen von Menſchen: Freie (von Geburt), Sclaven, Freigelaſſene[h]). Dieſe Unterſchiede hat das ius civile noch vermehrt, es hat den Vorzug der cives, und damit die Claſſification in cives, latini, peregrini hervorgebracht, endlich die Unterſchiede der Perſönlichkeit, welche durch die Gewalt: potestas, manus, mancipium, worin ein Menſch ſtehen kann, begründet werden, und damit die Claſſification in homines sui iuris und homines alieno iuri subiecti.

Die Stellung der Menſchen im Recht, welche die Perſönlichkeit bedingt, iſt daher eine verſchiedene. Die Römer nennen dieſe Stellung status hominum, ius personarum, conditio hominis, die Perſon ſelbſt, bey der dieſe Stellung zur Sprache kommt, heißt caput. Drey Momente ſind es, die den Status beſtimmen: libertas, civitas, familia. Die erſte Bedingung einer activen Stellung im Recht iſt die Freiheit; wem dieſe fehlt, dem kann überhaupt kein status zugeſchrieben werden,

---

g) L. 7. 26 D. de statu hom. (1, 5). Eine Anwendung ſ. §. 211 Note o. *h*) L. 4 D. de I. et I. (1, 1).

daher ein Sclave, der frei wird, hodie incipit statum habere[i]). Die zweite iſt die Civität, ſie ſetzt die erſte voraus, nur der Freie kann Civis ſeyn: aber nicht jeder Freie iſt es, man kann den durch die Freiheit bedingten Status ohne den durch die Civität bedingten haben. Die dritte Bedingung iſt die Familia, ſie ſetzt die erſte und zweite Bedingung voraus, nur der Civis hat eine Familia; wie aber aus der Freiheit nicht nothwendig die Civität folgt, ſo ſchließt auch die Familie zwar die Civität ein, aber die Civität nicht nothwendig die Familie, jene kann fortdauern während dieſe verloren geht[k]).

Dieſe Begriffe ſollen in den folgenden Abſchnitten näher erörtert werden, einſtweilen ergiebt ſich, daß die Entſtehung des Rechts der Perſönlichkeit, wovon wir ausgegangen ſind, zwey Fragen in ſich ſchließt 1) welches ſind die allgemeinen Vorausſetzungen deſſelben? 2) wie erlangt der Menſch einen gewiſſen Status? Auf die erſte iſt die Antwort vorhin gegeben worden, die zweite wird bey den einzelnen Status zu beantworten ſeyn. Zuletzt wird die Lehre von dem Verluſt des Status dargeſtellt werden.

A. Libertas.

a. Die Sclaven.

CCXI. Nach älteſtem wie nach neueſtem römiſchen Recht giebt es Menſchen, die nicht in die Ordnung der Freien gehören. Dieß ſind die Sclaven, servi. Darum eben bildet die Freiheit einen beſonderen Status.

Sclave iſt ein Menſch entweder von Geburt, oder er iſt es durch den Verluſt der Freiheit geworden[a]). Von dieſem letzten Fall wird unten bey der capitis deminutio (§. 220) gehandelt werden, nur eine Art des Freiheitsverluſtes iſt, als

---

i) L. 4 D. de capite min. (4. 5). *k*) L. 11 D. eod.

a) §. 4 I. de iure person. (1, 3).

die urſprüngliche Entſtehung der Sclaverey, ſchon hier zu erwähnen: die Gefangenſchaft. Es iſt ein Satz des Jus Gentium, daß die, welche in die Gewalt eines fremden Volkes kommen, Sclaven werden; der gewöhnliche Fall iſt der der Kriegsgefangenſchaft, aber es iſt nicht der einzige; die beiden Völker brauchen nicht im Krieg mit einander zu ſeyn, wenn nur kein Band freundlichen Verkehrs zwiſchen ihnen beſteht[b]), während auf der andern Seite der bloße Kriegsſtand jene Wirkung nicht hat: die in Bürgerkriegen Gefangenen werden nicht Sclaven[c]). Eben ſo wenig die von Räubern Gefangenen[d]).

Durch Geburt iſt Sclave das Kind einer Sclavin, gleichviel welches Standes der Vater iſt[e]). Es iſt nämlich das natürliche Princip, die regula iuris gentium, daß das Kind dem Stand der Mutter folge, über die ja auch allein natürliche Gewißheit überall möglich iſt (§. 195). Dieſer Grundſatz iſt durch das Jus civile in gewiſſen Fällen außer Anwendung geſetzt worden. Eine allgemeine Vorſchrift des Jus civile iſt, daß wo Connubium zwiſchen Vater und Mutter beſteht, das Kind dem Vater folgt[f]); dieſe Ausnahme kann hier nicht eintreten, weil Sclaven nie Connubium haben. Dagegen giebt es einige beſondere Beſtimmungen, welche bewirken, daß der von einer Sclavin Geborne frey, der von einer Freien Geborne Sclave iſt. So nach einem S. C. Claudianum, welches drey hieher gehörige Vorſchriften enthielt[g]): 1) wenn ein Freier mit einer Sclavin, die er für frey hält, Kinder erzeugt, ſo ſollen nur die weiblichen der Mutter folgen, die männlichen frey ſeyn; dieß hat ſchon Veſpaſian wieder aufgehoben, und die Regel des Jus Gentium wiederhergeſtellt. 2) Wenn eine Freie mit einem fremden Sclaven unter Zuſtimmung ſeines Herrn ein Contubernium ſchließt, ſo ſoll durch

b) L. 5 §. 2 D. de captiv. (49, 15). *c*) L. 21 §. 1 D. eod.
d) L. 19 §. 2 L. 24 D. eod. *e*) Gai. I. 82.
f) Gai. I. 80. Ulpian. V. 9. L. 24 D. de statu hom. (1, 5).
g) Gai. I. 84—86.

Vertrag feſtgeſetzt werden können, daß ihre Kinder Sclaven werden, während ſie ſelbſt frey bleibt[h]); dieſe Abweichung von den Regeln des Rechts hat Hadrian beſeitigt. 3) Die Hauptbeſtimmung des S. C. Claudianum, an die ſich jene anknüpften, war, daß eine Freie, die ſich wiſſentlich mit einem fremden Sclaven ohne den Willen des Herrn einließ, und in dieſem Umgang ungeachtet dreimaliger Denuntiatio von Seiten des Herrn (oder ſeines Vormunds, oder Bevollmächtigten, und wenn der Sclave einem Municipium gehört, ſogar ohne eine ſolche Ankündigung) beharrt, dem Herrn durch die Obrigkeit als Sclavin zugeſprochen werden ſoll[i]); ihre von dem fremden Sclaven erzeugten Kinder werden Sclaven, auch wenn ſie vor der Adjudication der Mutter geboren wären, für dieſe Wirkuug alſo iſt es hinreichend, daß die Mutter die Eigenſchaft des Vaters gekannt, und ohne Zuſtimmung ſeines Herrn ſich mit ihm eingelaſſen hat. Erſt Juſtinian hat auch dieſen Theil des Senatusconſults aufgehoben[k]).

Nun kann während der Dauer der Schwangerſchaft die Mutter frey und unfrey geweſen ſeyn. Hier wird als Regel aufgeſtellt: bey Kindern, die in rechter Ehe erzeugt ſind und daher dem Stand des Vaters folgen, entſcheidet die Zeit der Empfängniß, bei andern die Zeit der Geburt[l]). Wird daher eine ſchwangere Sclavin frey, ſo iſt das Kind nicht Sclave[m]). Umgekehrt, wenn die Mutter während der Schwangerſchaft Sclavin wird und als ſolche gebiert, iſt nach jener Regel zu unterſcheiden, ob das Kind in rechter Ehe empfangen worden iſt oder nicht; im erſten Fall iſt es frey, folgt es dagegen der

---

h) Nur in den Stand einer Freigelaſſenen kommt ſie durch ein ſolches Contubernium Tac. annal. XII. 53. Paul. sent. IV. 10, 2.

i) Die vollſtändigſte Darſtellung dieſes Rechtsſatzes findet ſich bey Paul. sent. II. 21 a. (In §. 3 iſt die Lücke ſo auszufüllen: mulier etsi *sub tutela est*, tamen ei etc. Vgl. §. 2).

k) §. 1 I. de success. subl. (3, 12). *l*) Gai. I. 88. 89. 94. Ulpian. V. 10. *m*) Paul. sent. II. 24, 1.

Mutter, ſo iſt es Sclave[n]). Hier indeſſen iſt eine andere Anſicht aufgekommen, die gegen das Ende der dritten Periode als die unzweifelhaft recipirte dargeſtellt wird: non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est, der von der Freien Empfangene, von der Sclavin Geborne ſoll frey ſeyn, ja wenn die Mutter zur Zeit der Conception und der Geburt Sclavin war, ſoll ſelbſt eine momentane Freiheit derſelben während der Schwangerſchaft das Kind der Sclaverey entreißen[o]).

CCXII. Es giebt einen doppelten Weg, uns die Diſpoſition über die Kräfte anderer Menſchen, deren wir bedürfen, zu verſchaffen. Der eine iſt der des freien Verkehrs, welcher die Freiheit der uns dienenden Perſon nicht antaſtet, die Eingehung von Obligationen, wodurch wir den Gebrauch der Kräfte und Geſchicklichkeiten eines Andern oder ihr Reſultat gegen andere Leiſtungen von unſerer Seite eintauſchen: Miethe von Dienſten, Kauf von Fabricaten u. ſ. f. Der andere iſt die Unterwerfung ſolcher Perſonen, welche uns die Macht gewährt, über ihre Kräfte zu unſerem Vortheil zu diſponiren, zugleich aber die Perſönlichkeit des Unterworfenen beeinträchtigt. Dieſe Unterwerfung läßt ſich mit Beſchränkung auf gewiſſe Zwecke z. B. auf die Bebauung des Landes denken, wie bey leibeigenen Bauern, was die Folge hat, daß jene Unterwerfung, eben weil ſie eine beſtimmte und beſchränkte Richtung hat, die Freiheit des Unterworfenen nicht völlig aufhebt. Aber die Unterwerfung kann auch eine unbeſchränkte ſeyn, indem der Unterworfene mit ſeinem ganzen äußeren Daſeyn nur als Mittel für die Zwecke des Gewalthabers behandelt, und damit ſeine Perſönlichkeit gänzlich abſorbirt wird. Dieß iſt das Inſtitut der Sclaverey, welches auf die Geſtaltung des häuslichen, ja auch des öffentlichen Lebens im römiſchen Volk einen

---

n) Gai. II. 91. *o*) Paul. sent. II. 24, 2. 3. L. 5 §. 2. 3 L. 18 D. de statu hom. (1, 5) vgl. §. 210 Note g.

unermeßlichen Einfluß hatte. Daß Freie und Bürger ihre Kräfte auf dem Vertragsfuß ihren Mitbürgern dienſtbar machten, dazu war in der Regel nur gegenüber den ärmeren Claſſen eine Veranlaſſung vorhanden, deren Bedürfniſſe in dieſer Hinſicht auf der andern Seite durch ihre Armuth beſchränkt waren, der Wohlhabende fand ſeine Diener, die Handwerker, deren er bedurfte, die Erzieher ſeiner Kinder u. ſ. f. in der Reihe ſeiner Sclaven. Man preiſt den republicaniſchen Sinn, das politiſche Freiheitsgefühl der Alten, aber dieſe Vorzüge beſtanden großentheils auf Koſten unterdrückter Mitmenſchen, die dem Bürger die beengenden Sorgen des Hausweſens und die niederbeugenden Beſchäftigungen abnahmen, welche das Abhängigkeitsgefühl begünſtigen. Die Freiheit der Alten war eine ſolche, die eine Unfreiheit Anderer als Unterlage und Folie forderte, viel höher ſteht die der neueren Zeit als Ziel geſetzte, welche eine allgemeine ſeyn ſoll, eben darum aber auch einen andern Gehalt und eine andere Form haben muß, als die der Alten.

Der Sclave iſt völlig rechtsunfähig, nicht bloß nach ius civile, ſondern auch nach ius gentium, denn die Sclaverey gehört nicht bloß jenem Recht an, ſie iſt ſelbſt iuris gentium. Er zählt nicht unter den Perſonen[a]), die Sclaverey nimmt den Menſchen aus der Reihe der berechtigten Weſen hinweg[b]), ſie macht ihn zu einer Sache, gleich dem Thier, und zum Gegenſtand des Eigenthums und der willkührlichen Dispoſition von Seiten des Herrn.

Die Imperatoren fanden ſich veranlaßt, die Härte und Grauſamkeit, mit der die Herren, wo der Eigennutz ſie nicht davon zurückhielt, nicht ſelten ihre Sclaven behandelten, im

---

a) Nullum caput habet §. 4 I. de cap. min. (1, 16) vgl. §. 210 Note i.

b) Servitutem mortalitati fere comparamus L. 209 D. de R. I. (50, 17) L. 59 §. 2 D. de condit. (35, 1).

Intereſſe der öffentlichen Sicherheit, zum Theil auch der guten Sitte, zu beſchränken. Schon an einem andern Ort[c]) iſt die Lex Petronia erwähnt worden, welche die Beſtimmung der Sclaven zum Kampf mit den Thieren der Willkühr der Herren entzog. Auf der andern Seite wurde (unter Auguſt oder Tiberius) der alte Gebrauch, die Sclaven eines Ermordeten auf die Tortur zu bringen, um den Mörder zu entdecken, durch das S. C. silanianum als eine allgemeine geſetzliche Maßregel, zugleich mit der Beſtrafung derer, die dem Herrn nicht zu Hülfe gekommen, verordnet, zur Abſchreckung verbrecheriſcher Geſinnung, und als Antrieb zur Sorgfalt für die Sicherheit des Herrn[d]). Claudius ſprach den Sclaven die Freiheit zu, die der Herr wegen Krankheit ausſetzte, und beſtrafte die Tödtung eines ſolchen ihm zur Laſt gewordenen Sclaven durch den Herrn wie die eines Freien[e]). Auch Hadrian nahm ſich der Sclaven an, er wollte unter andern nicht, daß die Herren von ihrem Recht über Leben und Tod Gebrauch machten, die Gerichte ſollten über die hinreichende Begründung der Todesſtrafe erkennen[f]). Mehr noch ſuchte Pius eine Verbeſſerung des Zuſtandes der Sclaven, ſoweit dieß ohne totale Reform des Inſtituts möglich war, durchzuführen. Er ſprach als allgemeinen Grundſatz aus, daß die Sclaven gegen grundloſe Gewaltthat, gegen Grauſamkeit, Unkeuſchheit der Herren von den Behörden in Schutz zu nehmen ſeien, im Grunde fordere dieß das Intereſſe der Herren ſelbſt[g]). Wer ſeinen Sclaven ohne Grund und abſichtlich tödtet, ſoll der lex cornelia de sicariis verfallen, wie wenn der Sclave ein fremder geweſen wäre, und wegen ſonſtiger Mißhandlung ſoll der Herr zum

---

c) Vgl. Bd. I §. 107 S. 517.

d) Dig. XXIX. 5: de S. C. silaniano et claudiano.

e) Sueton. Claud. 25.

f) Spartian. Hadr. 18. L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

g) Coll. leg. mos. III. 2 und L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

Verkauf gezwungen werden[h]). Conſtantin ſchien es nicht nothwendig, die Richter zur Fürſorge für die Sclaven zu ermuntern, umgekehrt vielmehr verordnete er, man ſolle dem Herrn Nachſicht beweiſen, dem bei der Züchtigung des Sclaven der Unſtern widerfahren ſey, ihn umzubringen[i]).

Jene geſetzlichen Milderungen des Sclavenſtandes dürfen nicht unter den Geſichtspunkt einer den Sclaven ertheilten Rechtsfähigkeit gebracht werden. Sie ſind den Einſchränkungen ſonſtiger Eigenthumsbefugniſſe aus ſittlichen und öconomiſchen Rückſichten zu vergleichen[k]). Aber das Princip der gänzlichen Rechtloſigkeit der Sclaven iſt dennoch nicht ohne Modification geblieben, die natürliche Anſchauung, welcher die ausſchließliche Gleichſtellung von Menſchen mit Sachen widerſtreitet, iſt mächtiger geweſen als das Intereſſe, das die Römer zur einfachen Vernichtung der Perſönlichkeit in Weſen gleicher Art hinführte.

In folgenden Beſtimmungen iſt eine Anerkennung der Sclaven als vernünftiger Weſen und eine Erhebung über die übrigen Sachen erkennbar:

1) Nicht bloß Eigenthum hat man an Sclaven, ſie ſtehen auch in der potestas des Eigenthümers, in einer Gewalt, die ihnen nicht eigenthümlich, die auch an Freien (als patria potestas) möglich iſt. Daß ein Freier in potestate iſt, beſchränkt ſeine Rechtsfähigkeit (§. 219), nicht ſo beim Sclaven, bey

---

h) Gai. I. 53.

i) L. 1 (vom Jahr 319) 2 (v. J. 326) C. Th. de emendatione serv. (9, 12). Jenes Geſetz im juſtin. Codex L. un. C. eod. (9, 14). Die Verordnung Conſtantin's, welche die Trennung der Verwandten bey der Theilung verbietet L. un. C. Th. de communi div. (2, 25) L. 11 C. I. comm. utr. iud. (3, 38), bezieht ſich nur auf die mit einem Grundſtück verbundenen, zum Colonat beſtimmten Sclaven.

k) So erklärt auch Gaius a. a. O. die Sache: — male enim nostro iure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

dem von einer Beſchränkung nicht die Rede ſeyn kann; dieſem vielmehr giebt die Gewalt des Herrn eine rechtliche Stellung, die er außerdem entbehrt. Der Sclave wird dadurch gleichſam zu einem Theil oder Glied ſeines Herrn, er kann als ſein Repräſentant in den rechtlichen Verkehr eintreten, er kann zum Erben in einem Teſtament ernannt werden, indem durch ihn die Erbſchaft an ſeinen Herrn gelangt [l]). Eigenthum und Poteſtas übrigens iſt nicht weſentlich zur Sclaverey, die Eigenſchaft als Sclave iſt unabhängig davon, auch ein herrenloſer Sclave iſt darum nicht frey.

2) Aber auch außerdem iſt den Sclaven in gewiſſen Punkten ein rechtliches Daſeyn zuerkannt, und ſo die Conſequenz des Princips verlaſſen worden. Gewiſſe Verhältniſſe, in die ſie als Sclaven getreten ſind, haben nach erlangter Freiheit eine rechtliche Wirkung. Dieſe Wirkung iſt unabhängig von der Poteſtas, ſie iſt daher nicht ausgeſchloſſen, wenn der Sclave zur Zeit ihrer Begründung herrenlos war.

a) Die rechtlichen Folgen der Ehrerbietung, die das Kind den Eltern ſchuldig iſt, gelten auch für den Freigelaſſenen gegenüber ſeinen Erzeugern [m]), die serviles cognationes begründen ein Ehehinderniß, der Vater kann ſeine Tochter, der Sohn ſeine Mutter nicht heirathen, auch wenn dieſes Verwandtſchaftsverhältniß in der Sclaverey ſeinen Urſprung genommen hat [n]). Die römiſchen Juriſten führen dieß auf den Grundſatz zurück, daß die rechtliche Nullität der Sclaven ſich nicht auf das ius naturale (Bd. I §. 9 Note a) erſtrecke, nach dem alle Menſchen gleich ſeien, daß ſie ſich auf das ius civile (in dieſem Sinn, wo der Ausdruck auch das ius gentium begreift) beſchränke [o]). Hieher gehört auch, daß, obwohl einem Scla-

---

l) S. Recenſion von Savigny's Syſtem in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 685. *m*) L. 4 §. 3 D. de in ius voc. (2, 4).

n) L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2).

o) L. 32 D. de R. I. (50, 17) vgl. L. 20 §. 7 D. qui testam. (28,1)

ven der Conſequenz des Princips nach kein Unrecht geſchehen kann [p]), eine Verletzung deſſelben alſo eigentlich nur inſofern, als ſie in ſeiner Perſon dem Herrn widerfährt, in Betracht kommt, dennoch auch ein Unrecht gegen den Sclaven, wenigſtens bey einer körperlichen Mißhandlung, die es ja für das natürliche Gefühl iſt (hanc enim et servum sentire palam est), angenommen wird [q]), ein Unrecht, das der Herr als ein dem Sclaven widerfahrenes (servi nomine) mit der iniuriarum actio ahndet [r]), wegen deſſen aber ohne Zweifel auch der Sclave ſelbſt, nachdem er frey geworden iſt, klagen kann.

b) Daß Sclaven Contracte ſchließen und dadurch ſich obligiren können, ſo daß dieſe Obligatio nach ihrer Freilaſſung eine wenn auch nur beſchränkte Wirkung hat, iſt eine Folge der potestas, in der ſie ſtehen, und durch die ſie bis auf einen gewiſſen Grad an der Perſönlichkeit ihres Herrn Theil nehmen, unabhängig aber davon iſt ihre vollkommene Verpflichtung durch unerlaubte Handlungen, die ſie während der Sclaverey begehen, und wegen deren ſie nach erlangter Freiheit belangt werden können, nur nicht von dem ehemaligen Herrn, wenn ſie gegen dieſen während der Sclaverey ſich verfehlt hätten [s]).

c) Ein ganz ſinguläres und einzeln ſtehendes Vorrecht der Sclaven, die im Eigenthum des Staats ſich befinden, iſt, daß dieſe über die Hälfte ihres Erwerbs durch Teſtament gültig verfügen können [t]).

3) Die Möglichkeit des Uebergangs aus dem Stand der Unfreiheit in den der Freiheit hat Zuſtände hervorgebracht, in denen der Sclave, obwohl er dieſes noch iſt, durch ſeine Annäherung an die Freiheit ein gewiſſes rechtliches Daſeyn gewinnt. Es ſind folgende zwey:

---

p) Gai. III. 222. *q*) L. 15 §. 34. 35. 45 D. de iniur. (47, 10). *r*) L. 15 §. 48 D. eod. *s*) L. 14 D. de O. et A. (44, 7). Gai. IV. 77. 78. *t*) Ulpian. XX. 16.

a) Der Zuſtand der statuliberi [u]). Dieß ſind Deſignirt-freie, Sclaven, denen die Freiheit gegeben iſt, aber ſo daß ihre Wirkſamkeit von dem Eintritt eines zu erwartenden Ereigniſſes abhängt [v]). Die teſtamentariſche Freilaſſung kann unter Bedingung oder mit dies a quo geſchehen, aber es kann auch durch eine Rechtsvorſchrift die Gültigkeit einer Manumiſſion ſuſpendirt ſeyn, ſo wenn ſie in fraudem creditorum geſchah (ſ. unten), und es ungewiß iſt, ob die Gläubiger ſie anfechten werden. In allen dieſen Fällen iſt der Manumittirte statuliber [w]). Ein ſolcher nun iſt jetzt noch vollkommen Sclave und wird durchaus als ſolcher behandelt [x]); dieß hat indeſſen eine Ausnahme: die Erfüllung der Bedingung, die Möglichkeit der Freiheit darf ihm nicht vom Eigenthümer erſchwert werden [y]); ſoweit die Folgen der Gewalt des Herrn, unter welcher er noch ſteht, die Erfüllung unmöglich machen würden, werden ſie beſeitigt und der Sclave als frey behandelt. Wenn der Sclave im Teſtament freigelaſſen iſt unter der Bedingung, daß er dem Erben (ſeinem Herrn) eine gewiſſe Summe geben würde, ſo wäre die Erfüllung der Bedingung ſtreng genommen unmöglich, da der Sclave ſeinem Herrn nichts geben kann, indem alles was er hat und erwirbt, ſchon an ſich

---

u) Ulpian. II: de statuliberis. Dig. XL. 7: de statuliberis. Eine beſondere Schrift über dieſen Gegenſtand: v. Madai die Statuliberi des R. R. 1834.

v) L. 1 pr. D. eod.: Statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet. Schon die zwölf Tafeln haben Beſtimmungen über dieſen Punkt enthalten, und die künftige Freiheit garantirt Ulpian. II. 4. w) L. 1 §. 1 D. eod.

x) L. 29 pr. D. eod.: Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. Et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto vel contractu pertinet, eiusdem conditionis sunt statuliberi, cuius ceteri. et ideo in publicis quoque iudiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi. L. 9 pr. 16 D. eod.

y) L. 33 D. eod.: Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora.

dem Herrn gehört, aber er wird eben in Beziehung auf den Erwerb, von dem er die Summe beſtreitet, wie ein Freier beurtheilt.

b) Das in libertate esse. So wird der factiſche Zuſtand der Freiheit bezeichnet, im Gegenſatz zur wirklichen, rechtlich begründeten Freiheit, dem liberum esse. Der Sclave kann in jenem Zuſtand ſich befinden vor allem mit dem Willen des Herrn ſelbſt. Dieß iſt der Fall, wenn der perſönlich zur Manumiſſion berechtigte Herr auf zuverläßige und unzweifelhafte Art ſeinen Willen zu erkennen giebt, daß der Sclave frey ſeyn ſolle, ohne daß jedoch dieſe Erklärung die ſonſtigen Erforderniſſe der Manumiſſion (z. B. die der Form) an ſich hat. Dieſe unvollkommene, factiſche Freilaſſung giebt auch nur eine factiſche Freiheit, eine Befreiung von den Sclavendienſten, und dieſe ſchützt die Behörde dem alſo Freigelaſſenen gegen den Herrn, der etwa ſeine Gunſt zurückzunehmen gedächte. Rechtlich aber iſt jener noch Sclave, und dieß äußert ſeine Wirkung in jeglicher ſonſtigen Beziehung[z]). Vom römiſchen Standpunkte aus (ex iure quiritium) muß auch die von einem Peregrinen ſeinem Sclaven gegebene Freiheit lediglich als eine factiſche erſcheinen, der Freigelaſſene als einer, der voluntate domini in libertate est, da der Peregrine der römiſchen Manumiſſionsformen unfähig iſt. Und ſo haben wirklich die römiſchen Juriſten die Sache betrachtet, ſo weit nicht ein beſonderes, vom römiſchen Staat anerkanntes peregriniſches Landesrecht über die Freigelaſſenen exiſtirte, welches dann auch der Prätor für die Peregrinen befolgte[aa]). Aber auch ohne den Willen des Herrn kann ein Sclave in libertate ſeyn, indem er als ein Freier lebt, und der Herr ſein Recht über ihn nicht ausübt. Dieſe factiſche Freiheit wird rechtlich wirkſam bey dem Freiheitsproceß. Wer jenen factiſchen Zuſtand für

---

z) Gai. III. 56. Fragm. Dosith. § 6 sqq.

aa) Fragm. Dosith. 14.

ſich anführen kann, hat, wenn ihm die Freiheit angefochten wird, den Vortheil Beklagter zu ſeyn, ſein Gegner muß beweiſen, daß er Sclave iſt, während im entgegengeſetzten Fall ihn die Beweislaſt trifft, ſo daß er dem Gegner zugeſprochen wird, wenn er nicht ſeine Freiheit zu beweiſen vermag. Doch ſetzt jene Wirkung voraus, daß er sine dolo malo in libertate geweſen iſt, einem Flüchtigen z. B. kommt ſeine factiſche Befreiung nicht zu Gute [bb]). Eine zweite Wirkung iſt, daß die längere Dauer dieſes Zuſtandes (possessio libertatis wird er auch genannt) eine temporis praescriptio gegen die Anfechtung der Freiheit gewähren, alſo zur rechtlichen Freiheit führen ſoll. Zuerſt kommt dieß vor als Verjährung des Rechts der Gläubiger, eine zu ihrem Nachtheil vorgenommene Freilaſſung anzufechten [cc]), alſo Verwandlung der statuta libertas (ſ. oben) in die effective Freiheit. Wahrſcheinlich ward dieſe longi temporis praescriptio quae pro libertate opponitur (alſo mit der gewöhnlichen Zeit von zehn oder zwanzig Jahren) ſchon am Ende der dritten Periode auch in andern Fällen der possessio libertatis angewendet, nur ſtets unter der Vorausſetzung eines iustum initium dieſes Beſitzes, alſo der auf einem guten Grunde ruhenden Ueberzeugung frey zu ſeyn [dd]). Conſtantin erwähnt ein Geſetz (ohne Zweifel von ihm ſelbſt), wodurch die Zeit auf 16 Jahre geſetzt ward, er erklärt, daß dieſes Geſetz daſſelbe Erforderniß einer wohlbegründeten bona fides in ſich ſchließe [ee]). In der juſtinianiſchen Geſetzgebung iſt durch Aufnahme der in Note cc und dd angeführten Stellen das frühere Recht zurückgeführt.

---

bb) L. 7 §. ult. L. 10—12 D. de lib. causa (40, 12).

cc) Ariſto bey Paulus L. 16 §. 3 D. qui et a quib. manum. (40, 9).

dd) So kommt ſie in Verordnungen von Diocletian vor L. 1. 2 C. de l. t. praescr. quae pro lib. (7, 22).

ee) L. 7 (ſonſt 3) C. Th. de lib. causa (4, 8).

CCXIII. Die Möglichkeit der Freiheit ſelbſt iſt ſchon eines der Momente in dem Inſtitut der Sclaverey, wodurch die Sclaven über die Reihe der bloßen Sachen hinausgehoben ſind, und worin eine Anerkennung der Menſchenrechte liegt. Wie kann es nun geſchehen, daß ein Sclave frey wird?

Die Sclaverey, die eine Folge der Gefangenſchaft iſt, alſo der factiſchen Gewalt, die ein fremdes Volk über den Menſchen erlangt hat, iſt auch durch die Dauer dieſer Gewalt bedingt. Sie hört auf, ſo wie der Gefangene, wann und wie es geſchehen möge, von ihr befreit iſt; dieß wird der Fall ſeyn, wenn es ihm gelingt, den Gebieten, über die jenes Volk oder ein anderes ihm verbündetes herrſcht, zu entfliehen und zu ſeinem Volk oder einem mit dieſem verbundenen oder befreundeten zu gelangen[a]). Die Freiheit des Zurückgekehrten hat hier keine andere Vorausſetzung als die der Rückkehr, eine andere Frage iſt, wie ſich ſonſt ſein rechtlicher Zuſtand beſtimmt? Darüber entſcheidet das Recht des Poſtliminiums, welches unten (§. 220) dargeſtellt werden wird.

Abgeſehen von dieſem Fall geſchieht der Uebergang von der Sclaverey zur Freiheit regelmäßig durch Manumiſſion von Seiten des Herrn. Dieſe iſt an gewiſſe Erforderniſſe geknüpft, deren Mangel ihr entweder allen, oder wenigſtens den vollen Effect, den ſie ſonſt haben würde, entzieht. Es ſind folgende:

1) Die Manumiſſion beſteht in der Erklärung des Herrn, daß der Sclave frey ſeyn ſolle, dieſe Erklärung aber muß in der gehörigen Form geſchehen. An die Spitze der Manumiſſionsformen ſtellen die römiſchen Juriſten die durch Legis Actio vor dem Magiſtrat[b]). Sie beſteht in der Uebertragung eines proceſſualiſchen Acts, der vindicatio in libertatem (§. 161), auf das nichtſtreitige Geſchäft. Wenn einem in Dienſtbarkeit

---

a) Vgl. L. 19 §. 3 D. de captiv. (49, 15).

b) Vgl. Unterholzner von den Formen der manumissio per vindictam und der emancipatio, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. II. 5.

gehaltenen Menſchen durch einen Rechtsſtreit die Freiheit gewahrt werden ſollte, ſo trat ſein Vertheidiger, der assertor, als Kläger auf, und nahm mit dem Beklagten, dem angeblichen Herrn, den Vindicationsact vor: Anfaſſen des Menſchen mit der Hand, Berührung mit dem Stab (vindicta, festuca[c])), Ausſprechen der feierlichen Worte, worauf dann das Sacramentum folgte, und was ſonſt noch zur Einleitung des Rechtsſtreits gehörte. Hier wo es ſich um ein Reſultat handelte, worüber alle Parteien einverſtanden waren, wurde die Handlung nur bis zu dem Moment fortgeſetzt, wo der ſcheinbare Beklagte ſeinerſeits die Vindicationsworte zu ſagen gehabt hätte. Statt deſſen gehabte er ſich als einer, der auf den Streit durch Zugeſtändniß verzichtet; ſtatt ſeinerſeits die Vindicta zur Hand zu nehmen und die Vindicationsworte zu ſprechen, ließ er den Sclaven, den auch er am Anfang ergriffen hatte, fahren (manu mittebat), indem er ſeinen Willen, ihn frey zu laſſen, entweder durch einen beſondern Nachdruck bey dieſem Fahrenlaſſen, der ein Umdrehen des Sclaven (circumagere, vertere) zur Folge hatte[d]), oder durch ausdrückliche Erklärung[e]), oder, was ohne Zweifel das gewöhnliche war, durch beides zugleich zu erkennen gab. Der Prätor that hierauf, was ſeines Amtes bey dem Zugeſtändniß war, er ſprach die Behauptung des Aſſertor als Recht aus, und erklärte alſo den Menſchen für frey. Schon der Ausdruck manu missio, der offenbar von dieſer Freilaſſungsform herſtammt, zeigt, daß ſie die älteſte unter den uns bekannten war. Daß das Wort vindicta von einem Sclaven Vindicius ſich herſchreibe, der 245

---

c) Plaut. mil. glor. IV. 1, 15.

d) S. die Stellen bey Unterholzner a. a. O. S. 149.

e) Paul. Diac. ex Festo: Manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: hunc hominem liberum esse volo, et emittebat eum e manu. Vgl. das Fragment des Feſtus bey Müller p. 158, wo zu leſen iſt: — edicit: *ego* hunc hom. etc.

die Verſchwörung für die Rückkehr der Tarquinier entdeckt habe, und zum Lohn in jener Form der erſte freigelaſſen worden ſey [f]), iſt ein trockener antiquariſcher Spaß, den Spätere ehrlich für Ernſt genommen haben. Jene Procedur wurde übrigens ſpäterhin ſehr vereinfacht, die Magiſtrate, denen die Legis Actio zukam, hatten nicht mehr Muße für ſolche Umſtändlichkeiten bey dergleichen Acten. Zuerſt wurde es gewöhnlich, daß der Lictor die Rolle des Aſſertor übernahm [g]), dann entband man den Herrn von aller förmlichen Mitwirkung, aber auch, daß der Lictor die Vindicationsworte herſagte, ſchien zu umſtändlich, man behielt nur den Schlag mit oder ohne Feſtuca bey [h]); endlich hielt man auch die Anweſenheit eines Lictors für überflüſſig, es war hinreichend, daß der Herr dem Prätor, wo er ihn traf, und ohne Beiſeyn eines Andern als des Sclaven, ſeinen Willen zu erkennen gab, und der Prätor den Sclaven frey ſprach [i]). Die Handlung hatte ſich ſo ganz von ihrem urſprünglichen Gehalt entfernt, daß ſchon Javolenus kein Bedenken dabey hatte, dem Prätor ſelbſt die Manumiſſion bey ſich ſelber zu geſtatten [k]) — Eine zweite Manumiſſionsart gewährte der Cenſus [l]). Der Cenſor hatte die Macht, dadurch daß er die Profeſſio einer Perſon, wie eines

---

f) Liv. II. 5, u. A.

g) Schol. ad Pers. sat. V. 88. Boethius in top. 2 (p. 288 Orell.).

h) L. 23 D. de manum. vind. (40, 2). Es war eine Inconſequenz, wenn man noch an dem Grundſatz, daß ein Stummer oder Tauber keine legis actio vornehmen kann, für die Vindictafreilaſſung feſthielt Paul. IV. 12, 2; doch waren nicht alle Juriſten ſo ſtreng L. 1 D. qui et a quib. (40, 9).

i) Ulpian. L. 8 D. de manum. vind. (40, 2): Ego quum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset. *k*) Iulian. L. 5 D. eod.

l) Ulpian. I. 8. Fragm. Dosith. 19—21. Boeth. l. c. (Note g). Man hat als die älteſte Erwähnung dieſer Manumiſſion ein S. C. von 576 bey Liv. XLI. 9 angeführt, aber ſeine Worte ſind ſchwerlich von einer andern als der durch Vindicta zu verſtehen.

Bürgers annahm, dieſe zum Bürger zu machen, wenn ſein College nicht Einſpruch that. Dieß wurde zur Freilaſſung benutzt, der Herr brachte ſeinen Sclaven in dieſer Abſicht vor den Cenſor, nahm dieſer die Profeſſio deſſelben an, ſo wurde er frey und Bürger. Die Beſtätigung aber ſolcher Acte des Cenſor lag in dem Luſtrum, nur ein Cenſus der mit der Luſtration beſchloſſen wurde (census lustralis) hatte jene Wirkung. Daher konnte unter den alten Juriſten der freien Republik die Streitfrage entſtehen, wann die Freiheit ſich anhebe, mit der Profeſſio oder mit dem lustrum conditum[m]). Dieſe Frage wurde in der dritten Periode unerheblich, denn in dieſer wurde jene Manumiſſion mit dem Luſtralcenſus ſelbſt zur Antiquität[n]). — Auch durch Teſtament kann manumittirt werden. Dieß geſchieht, wenn der Teſtator direct in demſelben erklärt, daß der Sclave frey ſeyn ſoll (liber esto — liber sit — liberum esse iubeo), und es ſetzt voraus, daß der Sclave im (quiritiſchen) Eigenthum deſſelben iſt zur Zeit der Teſtamentserrichtung und des Todes[o]). Etwas anderes iſt der Auftrag an den Erben, einem Sclaven die Freiheit zu geben (fideicommissa oder fideicommissaria libertas), dieß iſt keine Manumiſſion, ſondern Veranlaſſung und Verpflichtung zu derſelben, die von dem Beauftragten geſchehen ſoll. Bey der libertas directo data iſt der Teſtator der Manumiſſor, der Freigelaſſene ſein libertus (daher libertus orcinus, der ſeinen Patron im Orcus hat), und die Freiheit tritt mit der Wirkſamkeit des Teſtaments, alſo mit dem Antritt der Erbſchaft aus demſel-

---

m) Cic. de orat. I. 40: — nonne ex iure civili potest esse contentio, quum quaeritur, is qui domini voluntate census sit, continuone an ubi lustrum conditum liber sit. Fragm. Dosith. l. c.

n) Seit dem Anfang der chriſtlichen Zeitrechnung ſind nur drey Luſtra gemacht worden, das letzte im J. 74 (827 u. c.) unter Veſpaſian Censorin. de die nat. 18.

o) Ulpian. I. 9 (vgl. L. 120 D. de V. S. 50, 16) II. 7. Gai. II. 267.

ben ein, wenn ihr Anfang nicht durch eine Zeitbeſtimmung oder Bedingung weiter hinausgeſchoben iſt[p]).

Die drey bisher beſchriebenen Manumiſſionsformen: vindicta, censu, testamento, waren noch zu Cicero's Zeit die einzigen[q]). Wenn der Herr ſonſt ſeinen Willen erklärte, daß der Sclave frey ſeyn ſollte: vor Zeugen (manumissio inter amicos), durch ein Schreiben (per epistolam), oder indem er ihn thatſächlich wie einen Freien behandelte z. B. an ſeinen Tiſch zog (per mensam, convivii adhibitione)[r]), ſo gab er damit nur jene factiſche Freiheit, von der oben die Rede geweſen iſt (§. 212 a. E.), bis er etwa ſeinen Willen durch eine jener Formen bekräftigte[s]). Clodius ſoll damit umgegangen ſeyn, dieſen unförmlichen Freilaſſungen durch ein Geſetz volle Wirkung beilegen zu laſſen[t]). Später hat die Lex Junia

p) L. 23. 25 D. de manum. test. (40, 4).

q) Cic. top. 2: si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber. Cato ſoll behauptet haben, die Adoption des Sclaven durch den Herrn mache jenen frey §. ult. I. de adopt. (1, 11). Am einfachſten wäre dieß ſo zu verſtehen: auch ein Volksſchluß könne die Freiheit geben (alſo ohne Manumiſſion ſ. unten), und daher müſſe die Arrogation (populi auctoritate, nur an dieſe läßt ſich hier denken) dieſe Wirkung haben. Wahrſcheinlich aber iſt jener Bericht nicht genau, und die Anſicht des Cato iſt die, welche Sabinus (bey Gellius V. 19) als die der meiſten älteren Juriſten anführt: ein Herr könne ſeinen Sclaven (wie ein Vater ſeinen Sohn) einem Andern bey dem Prätor in Adoption geben. Die Adoption enthält auch eine Vindicatio, der Adoptirende vindicirt die Perſon als ſeinen Sohn von dem bisherigen Vater, in dieſer Vindication ſollte nun, behaupteten jene Juriſten, ſtillſchweigend eine vindicatio in libertatem gedacht werden, alſo das dare in adoptionem zugleich als vindicta manumittere gelten.

r) Gai. epitom. I. 1, 2. Gai. I. 44. Paul. IV. 12, 2. Theophil. I. 5 extr. *s*) Tac. annal. XIII. 27: (a maioribus) manumittendi duas species institutas, ut relinqueretnr poenitentiae aut novo beneficio locus. Quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineret. *t*) Cic. pro Mil. 33: — lege nova quae est inventa apud eum cum reliquis legibus clodianis, servos nostros libertos suos fecisset. Vgl. c. 12 derſelben Rede bey Orelli.

mit ſolcher einfacher Erklärung des Herrn die Wirkung der Freiheit verknüpft, und alſo jene manumissiones inter amicos u. ſ. f. zu wirklichen Manumiſſionen gemacht, doch mit dem Unterſchied, daß die ſo Freigelaſſenen nicht cives, ſondern nur latini werden (§. 217)[u]). Sie beſeitigte ſomit auf der einen Seite die Hauptfälle jener bloß factiſchen Freiheit, ohne Zweifel zum Vortheil der Rechtsſicherheit, auf der andern beeinträchtigte ſie die Rechte, welche eine unvollkommene Freilaſſung den Herren gewährte, nicht weſentlich, indem ſie dieſen Freigelaſſenen die Möglichkeit ein Teſtament zu machen, und dadurch das Mittel, dem Patron ihr Vermögen zu entziehen, verſagte (§. 217).

Conſtantin führte eine neue Form ein: durch Erklärung des Willens in der Kirche vor der Gemeinde in Gegenwart der Geiſtlichen, die eine Urkunde darüber aufſetzen und als

---

u) Das Geſetz heißt gewöhnlich Junia ſchlechtweg, in einer Stelle der Inſtitutionen Juſtinian's §. 3 I. de libert. (1, 5) Junia Norbana (es würde hiernach von zwey Conſuln Junius und Norbanus rogirt ſeyn), oder wie Einige vermuthen: Junia Norbani, von einem Junius Norbanus rogirt. Manche haben ſie ins Jahr 671 geſetzt, wo C. (Junius) Norbanus (Balbus) mit L. Cornelius Scipio Conſul war, Andere 729 wo M. Junius Silanus, oder 730 wo C. Norbanus Flaccus mit Auguſt Conſuln geweſen ſind, die Meiſten nehmen das Jahr 772 (19 n. C.) unter Tiberius an, das Conſulat des M. Junius Silanus und L. Norbanus Balbus. Wir haben keinen Grund an der Quellenmäßigkeit des Namens Junia Norbana zu zweifeln, daß der zweite Name gewöhnlich weggelaſſen wurde, findet ſich auch bey der Papia Poppäa, ſo hat denn von dieſer Seite das Jahr 772 das meiſte für ſich. Sehen wir auf den Inhalt des Geſetzes, ſo iſt ſeine Verſetzung in das ſiebente Jahrhundert höchſt unwahrſcheinlich, ja nach Note q und t faſt undenkbar. Dagegen werden wir zu der Annahme, daß es dem umfaſſenden Geſetz über Freilaſſungen, der Lex Aelia Sentia von 757 nachgefolgt ſey, durch einzelne Nachrichten über den Inhalt beider Leges hingeführt (ſ. Not. qq. vv), und ſo ſprechen auch innere Gründe für das zuletzt genannte Jahr. Vgl. Bethmann-Hollweg de causae probatione p. 78—100.

Zeugen unterſchreiben[v]). So gelten nun im juſtinianiſchen Recht: die Freilaſſung durch Teſtament[w]), durch Vindicta in der Form, daß die Erklärung vor der Behörde ohne die Formalitäten des alten Rechts hinreicht, die conſtantiniſche in der Kirche. Die Lex Junia hob Juſtinian auf, da keine Latinität mehr beſtehen, jeder Freie auch als Civis gelten ſollte, aber er war nicht gewillt, dieſe Wirkung jeder formloſen Erklärung beizulegen. Er ſetzte ſtatt deſſen folgendes feſt[x]). Die Freiheit ſollte noch inter amicos gegeben werden können, d. h. durch mündliche Erklärung vor fünf Zeugen, ferner per epistolam d. h. aber durch eine von dem Herrn geſchriebene oder unterſchriebene Urkunde, die von fünf Zeugen unterzeichnet iſt, ſodann ſoll die Verheirathung der Sclavin an einen Freien durch den Herrn, die Bezeichnung des Sclaven als ſeinen Sohn, ſofern ſie öffentlich zu gerichtlichem Protokoll, die Vernichtung oder Uebergabe der Urkunden, die zum Beweis ſeiner Unfreiheit dienen, an den Sclaven, ſofern ſie in Gegenwart von fünf Zeugen geſchieht, endlich das Gebot des Herrn oder ſeines Erben, daß die Sclaven mit Zeichen der Freiheit (pileati) dem Leichenbegängniß beiwohnen ſollen, als Manumiſſion gelten.

Soviel von der Form der Freilaſſung.

2) Freilaſſen kann der, welcher die Poteſtas über den Sclaven hat. Dieß iſt der Eigenthümer; eine Freilaſſung

---

v) L. un. C. Th. de manum. in ecclesia (4, 7) L. 1. 2 C. I. de his qui in eccl. (1, 13).

w) Schon die römiſchen Juriſten waren geneigt, eine zweifelhafte Verfügung eher zu Gunſten der Freiheit auszulegen, Juſtinian verordnete, daß die Einſetzung des eigenen Sclaven als Erben und ebenſo ſeine Ernennung als Vormund ohne Zuſatz als Befreiung angeſehen werden ſoll L. 5 C. de serv. necess. her. (6, 27). Ueber das ältere Recht ſ. Göſchen Bem. in Bez. auf das ält. Recht der Freil., Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. III. 7 §. 8. Zimmern Geſch. des röm. Privatr. I. §. 204.

x) L. un. C. de latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa (7, 6).

durch den Uſufructuarius ſoll als ein bloßer Verzicht auf die Dienſte, entweder zu Gunſten des Eigenthümers oder des Sclaven behandelt werden[y]. Nun konnte jemand nach altem Recht auf verſchiedene Art Eigenthümer ſeyn: er war es entweder ex iure quiritium, oder er hatte die Sache bloß in bonis, oder es traf beides bey ihm zuſammen (§. 235). Nur das in bonis habere giebt die Poteſtas, nicht das nudum ius quiritium[z]. Aber der bloß bonitariſche Eigenthümer macht den Sclaven durch ſeine Freilaſſung nur zum Latinus, zum Civis kann ihn allein der machen, der ihn zugleich ex iure quiritium hat[aa]. Im juſtinianiſchen Recht hat dieſer Unterſchied aufgehört.

Einer von mehreren Miteigenthümern kann dem Sclaven nicht die Freiheit geben, manumittirt er ihn, ſo iſt dieß ein Aufgeben ſeines Rechts, ſein Theil wächſt dem Socius zu. Anders iſt es mit der unvollkommenen Manumiſſion (inter amicos u. ſ. f.), dieſe hat hier gar keine Wirkung, und dieſen Satz behielt die herrſchende Anſicht auch nach der Lex Junia bey, während einige Juriſten nun auch hier jene Accreſcenz eintreten ließen[bb]. Aber der theilweiſe Eigenthümer kann, wenn er dem Sclaven die Freiheit zuwenden will, ſeinen Miteigenthümer nöthigen, ihm ſeinen Antheil gegen Empfang des Werths abzutreten, d. h. er kann auf Theilung dringen, und

---

y) Iustinian. L. 1 pr. C. comm. de manum. (7, 15).

z) Gai. I. 54. Fragm. dosith. 11.

aa) Ulpian. I. 16. Die Lex Junia ſprach davon Gai. I. 67, daraus iſt indeſſen nicht zu ſchließen, daß ſie dieſen Satz zuerſt aufgeſtellt hätte.

bb) Fragm. dosith. 12. Ulpian. I. 18. Paul. IV. 12, 1. Dieſe abweichende Anſicht hat den Schein größerer Conſequenz, da das juniſche Geſetz ja die inter amicos Manumittirten für frey, alſo die Gewalt des Manumiſſors für beendigt erklärt, aber auch nur den Schein: denn das Geſetz hebt die Gewalt nur für das Leben des Freigelaſſenen auf, bey ſeinem Tod wird er beurtheilt, wie wenn er Sclave geblieben wäre.

bey dieſer den Zuſchlag des Sclaven aus jenem Grund gegen Entſchädigung fordern[cc]. Juſtinian hat verordnet, daß wenn einer von mehreren Miteigenthümern dem Sclaven die Freiheit giebt oder geben will, ſtets die andern ſollen ausgekauft werden können, ja er hat ſogar die Preiſe zu dieſem Behuf geſetzlich beſtimmt, jenes ius accrescendi ſoll nie mehr eintreten[dd]. Durch einen beſtehenden Uſusfructus iſt der Eigenthümer nicht gehindert, den Sclaven zu manumittiren, nur unbeſchadet der Rechte des Uſufructuars, in Beziehung auf welche er, bis deſſen Recht ſich endigt, wie ein Sclave betrachtet wird. Die römiſchen Juriſten ſehen ihn bis dahin als servus sine domino an, ja ſie behaupteten, auch nach der Beendigung des Uſusfructus werde er nur Latinus, nicht Civis; Juſtinian will ihn ſchon einſtweilen als frey, die Rechte des Nießbrauchs jedoch unverändert, behandelt wiſſen[ee]. Eine generelle Verpfändung des Sclaven hindert die Manumiſſion nicht[ff], die Wirkung bey einer speciellen hängt davon ob, ob der Gläubiger befriedigt und ſo ſein Pfandrecht gelöſt wird; und auch hier haben die römiſchen Juriſten (wie beim Uſusfructus) dem Sclaven nur die Latinität zuerkannt[gg], die im juſtinianiſchen Recht weggefallen iſt.

Daran läßt ſich die Beſtimmung der Lex Aelia Sentia knüpfen, daß eine Freilaſſung in fraudem creditorum, d. h. wodurch ein inſolventer Schuldner wiſſentlich ſein Vermögen zum Nachtheil ſeiner Gläubiger ſchmälert, von dieſen unwirkſam gemacht werden kann, eine Beſtimmung, die durch ein Senatusconſultum unter Hadrian auch auf die Peregrinen erſtreckt worden iſt, während der übrige Inhalt jenes Geſetzes

---

cc) L. 1 pr. C. de comm. servo manum. (7, 7).

dd) L. 1 C. cit.

ee) Fragm. dosith. 13. Ulp. I. 19. L. 1 pr. C. comm. de manum. (7, 15). *ff*) S. unten §. 250 Note o.

gg) Fragm. dosith. 18. L. 3 D. de manum. (40, 1) L. 26. 27 §. 1 D. qui et a quib. man. (40, 9).

für ſie nicht gilt[hh]). Nur einen Sclaven im Teſtament mit der Freiheit zum Erben zu ernennen, um dadurch dem Schimpf des Concurſes nach dem Tod zu entgehen, geſtattet das Geſetz, einen Fall, den es auch von ſeinen übrigen Beſchränkungen der Manumiſſion ausnimmt[ii]). Auch dem Patron des Freilaſſers gab die Lex Aelia Sentia das Recht, eine zur Schmälerung ſeines Erbrechts vorgenommene Manumiſſion zu revociren[kk]).

Die Freilaſſung iſt eine Veräußerung und zwar, ſofern nicht eine Verbindlichkeit dazu exiſtirt (z. B. in Folge eines Fideicommiſſes, oder einer ſonſtigen Erwerbung des Sclaven unter der Auflage daß der Empfänger ihn freilaſſe), eine ſolche wodurch das Vermögen abſolut gemindert wird. Wer daher keiner Veräußerung, oder wenigſtens keiner der letzteren Art fähig iſt, kann nicht manumittiren[ll]). Die Lex Aelia Sentia hat eine ganz ſinguläre Beſtimmung (um leichtſinnige Manumiſſionen, theils im Intereſſe der Herren ſelbſt, theils in dem des Staats zu verhüten oder zu vermindern) gemacht, indem ſie die Manumiſſion für ungültig erklärt, wenn der Herr noch nicht 20 Jahre alt iſt. Nur für die Manumiſſion durch Vindicta hat ſie einen Ausweg eröffnet, ſie ſoll geſchehen können, wenn der Herr bey einem Conſilium, das zu dieſem Zweck eingeſetzt ward, und regelmäßige Sitzungen hielt (in Rom ſollte es aus fünf Senatoren und fünf Equites, in den Provinzen aus zwanzig Recuperatoren, ebenfalls römiſchen Bürgern, beſtehen), eine iusta causa manumittendi nachgewieſen hat z. B. daß er mit dem freizulaſſenden Sclaven durch beſondere

---

hh) Gai. I. 37. 47. L. 1 §. 1 D. de statulib. (40, 7) L. 10. 24 D. qui et a quib. (40, 9) pr. §. 3 I. qui quib. ex caus. manum. non p. (1, 6). *ii*) §. 1 I. eod. Gai. I. 21. Ulp. I. 14.

kk) Gai. I. 37. Ulp. I. 15.

ll) In der Handlungsfähigkeit Beſchränkte: Ulpian. I. 17. Fragm. dosith. 17. L. 9 §. 1 D. de auctor. tut. (26, 8). Andere Fälle: L. 8 §. 1. 2 D. de manum. (40, 1) L. 15 pr. D. qui et a quibus (40, 9).

Pietätsverhältniſſe verbunden, daß derſelbe Vater oder Mutter von ihm, ſein Geſchwiſter, ſein Erzieher ſey, daß ſein eigner Vortheil die Freilaſſung des Sclaven erheiſche[mm]). Durch die beſtimmte Vorſchrift, daß die Freilaſſung nur vindicta apud consilium geſchehen könne, iſt die durch Teſtament einem minor xx annis ganz unmöglich gemacht[nn]). Dagegen hat Juſtinian, der die Vorſchrift nur im Intereſſe der Herrn ſelbſt beibehalten hat, anfangs die teſtamentariſche Freilaſſung nach zurückgelegtem ſiebzehnten Jahr[oo]), zuletzt jedem der ein Teſtament machen kann (alſo dem Pubes) geſtattet[pp]), ſo daß jene Beſchränkung nur für Manumiſſionen unter Lebenden ſtehen geblieben iſt. Seit der Lex Junia entſtand die Frage, ob jene Beſchränkung auch auf die manumissio inter amicos zu beziehen ſey? ſie wurde bejaht, aber die Möglichkeit der Freilaſſung durch causae probatio apud consilium ebenfalls darauf erſtreckt[qq]).

3) Ein Hinderniß der Freilaſſung kann auch in dem Freizulaſſenden liegen. Die Freilaſſung eines Sclaven kann durch Vertrag oder Teſtament verboten ſeyn[rr]), oder durch ein Geſetz, wie die lex iulia de adulteriis bey ſolchen Sclaven, deren Freilaſſung die Criminaluntersuchung erſchweren würde[ss]), die Lex Fabia, welche die Manumiſſion eines Sclaven, der gegen

---

mm) Gai. I. 38. 39 cf. 18—20. Ulpian. I. 13. L. 7 §. 1 D. qui et a quib. (40, 9). *nn*) Gai. I. 40.

oo) §. 7 I. qui quib. ex caus. man. (1, 6).

pp) Nov. 119 c. 2.

qq) Gai. I. 41. Fragm. dosith. 15. Wer die Lex Junia für älter hielte, als die Aelia Sentia, müßte die Erſtreckung ſchon dieſem Geſetz zuſchreiben, wogegen die Art, wie Gaius ſeinen Inhalt angiebt, ſpricht.

rr) L. 9 §. 2 D. qui et a quib. (40, 9): Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manumitti, vel iussu praesidis provinciae, licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt. Vgl. Dig. XVIII. 7: de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra. Cod. IV. 57.

ss) L. 12—14 D. qui et a quib. (40, 9).

dieſes Geſetz ſich vergangen hat, innerhalb zehn Jahren verhindert[tt]), u. ſ. f. Von allgemeinerer Wichtigkeit iſt die Vorſchrift der Lex Aelia Sentia gegen die Freilaſſung eines Sclaven unter 30 Jahren, wenn nicht eine iusta causa bey dem Conſilium nachgewieſen wird[uu]). Einen im Teſtament freigelaſſenen minor gebot das Geſetz wie einen, der domini voluntate in libertate est, zu behandeln, nach unſerer Anſicht von dem Alter der Lex Junia hatte ein ſolcher damals noch die factiſche Freiheit, die auch das dafür gebrauchte Wort ſelbſt ausdrückt[vv]); nachdem die Lex Junia gegeben war, verſchaffte ihm jener Ausdruck die Latinität[ww]). Was geſchah aber mit den auf andere Art unter dem geſetzlichen Alter freigelaſſenen? Das Geſetz ſagte darüber, wie es ſcheint, nur, ſie ſollen nicht cives romani werden. War nun die Meinung des Geſetzes, ſie ſollen gar nicht frey werden, oder ſie ſollten die Freiheit ohne Civität erlangen? Bey der Freilaſſung durch Cenſus hatte die Antwort keinen Zweifel, dieſe Form iſt nur denkbar, wenn die Civität ihre Folge iſt, alſo mußte hier der Manumittirte Sclave bleiben, bey der Vindicta aber ſtand nichts entgegen, den Sclaven frey und etwa Peregrinen werden zu laſſen, nur ohne die beſonderen Nachtheile, welche das Geſetz in einem andern Fall (ſ. unten) damit verband[xx]). Dieſe Be-

---

tt) L. 12 D. de manum. (40, 1).

uu) Gai. I. 18—21. Ulpian. I. 12. Fragm. dosith. 16. 19.

vv) S. Note xx. Wäre damals die Lex Junia ſchon gegeben geweſen, ſo wäre die Bezeichnung des Zuſtands mit in libertate esse ſehr unpaſſend geweſen, zumal da es, auch nach der Lex Junia, noch immer ſolche gab, die voluntate domini in libertate waren, ohne durch dieſes Geſetz zur Latinität berufen zu ſeyn.

ww) Man hätte nun wohl ſagen können, ſie ſeyen latini ex lege aelia sentia, zum Unterſchied von denen, die es rein ex lege iunia ſind. Es iſt der Gegenſatz von minores und maiores triginta annorum latini facti Gai. I. 31.

xx) Die Hauptſtelle über das Obige iſt Ulpian. I. 12: Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manu-

ſchränkung wurde nicht auf die Freilaſſung in ecclesia bezogen,

---

missus civis romanus non fiat nisi apud consilium causa probata fuerit. ideo sine consilio manumissum *caesaris* servum manere putat, testamento vero manumissum perinde haberi iubet, atque si domini volūntate in libertate esset, ideoque latinus fit. Statt des handſchriftlichen caesaris (welches Puggé mit Hinweiſung auf Gaius I. 27 vertheidigt: Observ. duae de iure civ. 1831) ſubſtituiren Einige den Namen eines Juriſten, Schilling censuve. Aber wahrſcheinlich iſt die Stelle auch durch Auslaſſung corrumpirt. — Durch die im Text gemachte ſehr nahe liegende Vorausſetzung wird eine Schwierigkeit beſeitigt, die durch die Art entſteht, wie Gaius und Ulpian von der Lex Aelia Sentia in Beziehung auf dieſen Punkt ſprechen. Daß Gaius von manumissi et latini facti ex lege aelia sentia ſpricht, hätte nach Note ww kein Bedenken, auch wenn, nach der gewöhnlichen Annahme, alle minores manumissi nach dem Geſetz Sclaven blieben, nur mit dem Vorzug der factiſchen Freiheit für die durch Teſtament Manumittirten. Aber Gaius (I. 29—31. 80. III. 75. 76) ſchreibt der Lex Aelia Sentia eine Beſtimmung zu, nach welcher minores xxx ann. manumissi durch Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität gelangen können (ſ. unten §. 218). In einer Stelle nennt er daneben auch die Lex Junia, während Ulpian an einem Ort (III. 3) den Rechtsſatz lediglich dieſer zuſchreibt, an einem andern (VIII. 4) aber ebenfalls die Aelia Sentia nennt. Nach der gewöhnlichen Annahme müßte entweder Gaius ſich über den wahren Inhalt der Lex Aelia Sentia geirrt haben, was bey einem ſolchen Geſetz unentſchuldbar genug wäre, oder, was faſt noch mißlicher iſt, das Geſetz hätte Sclaven das Recht gegeben, eine Ehe mit Bürgern ꝛc. zu ſchließen. Alles erklärt ſich, wenn wir folgendes als das Recht der Aelia Sentia annehmen: der minor manumissus wird ohne causae probatio nicht Civis, wird er durch Vindicta manumittirt, ſo iſt er frey, aber Peregrinus, kann jedoch durch Ehe zur Civität gelangen, bey der Manumiſſion durch Cenſus bleibt er Sclave, eben ſo bey der durch Teſtament, nur daß ihm hier eine factiſche Freiheit zuerkannt wird. Dieſe letztere hat die Lex Junia in rechtliche Freiheit mit Latinität verwandelt, und darauf die Erwerbung der Civität durch Ehe erſtreckt; dieſe Stellung mußte nun aber auch den durch Vindicta Manumittirten eingeräumt werden, da ſie ja nach der Abſicht des Geſetzes nicht ſchlechter ſtehen ſollten, als jene. So konnte man nun alle minores xxx ann. manumissi zuſammenfaſſen (denn die Freilaſſung durch Cenſus, die noch einen Unterſchied gemacht hätte, kam nicht mehr vor), und ihre rechtliche Stellung bald von der Aelia Sentia, bald von der Junia ableiten.

Juſtinian hob ſie ganz auf, ſo daß in ſeiner Geſetzgebung das Alter des Sclaven keine Bedeutung mehr hat[yy].

Solchen Sclaven, die während ihrer Dienſtbarkeit wegen eines Vergehens gefeſſelt, gebrandmarkt, auf die Tortur gebracht, zum Kampfſchauſpiel, zu öffentlichem Gefängniß verurtheilt worden ſind, hat die Lex Aelia Sentia zwar die Möglichkeit frey zu werden nicht entzogen, aber ſie ſollen nur den niedrigſten Grad der Freiheit erlangen können (dediticiorum numero ſeyn §. 217), weder jetzt noch in Zukunft Cives oder Latini werden; auch den Aufenthalt in Rom und intra centesimum miliarium verbietet ihnen das Geſetz, werden ſie hier betroffen, ſo werden ſie von Staatswegen als Sclaven, und nun ohne die Möglichkeit wieder frey zu werden, verkauft, denn ihre nochmalige Freilaſſung hat die Folge, daß ſie dem Staat als Sclaven zufallen[zz]. Juſtinian erwähnt dieſes Kapitel des Geſetzes nur als ein längſt veraltetes und außer Gebrauch gekommenes[aaa].

4) Den verſchwenderiſchen teſtamentariſchen Freilaſſungen ſollte die Lex Furia Caninia ein Ziel ſetzen[bbb]. Wer drey Sclaven hat, ſoll nicht mehr als zwey im Teſtament freilaſſen können, wer vier bis zehn, nicht mehr als die Hälfte, wer eilf bis

---

yy) L. 2 C. comm. de manum. (7, 15).

zz) Gai. I. 13—15. 25—27. Ulpian. I. 11. Paulus IV. 12, 3—8. Eine ältere Analogie für ſolche Verweiſung aus der Nähe der Stadt giebt Liv. VIII. 14, 6.

aaa) Cod. VII. 5: de deditícia libertate tollenda.

bbb) Ohne Zweifel unter Auguſt Sueton. Octav. 40, wo ihr Inhalt mit dem der Aelia Sentia zuſammengeſtellt wird: Magni praeterea existimans, sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitatem romanam parcissime dedit, et manumittendi modum terminavit. — — Servos non contentus multis difficultatibus a libertate et multo pluribus a libertate iusta removisse, cum et *de numero* et de conditione ac differentia eorum qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adiecit, ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.

dreißig, ein Drittheil (nur natürlich ſtets wenigſtens fünf), wer ein und dreißig bis hundert, ein Viertheil (immer natürlich wenigſtens zehn, wie in der vorigen Claſſe), von da bis fünfhundert, ein Fünftheil (doch ſtets wenigſtens fünf und zwanzig). Mehr als hundert ſoll überhaupt niemand durch Teſtament manumittiren können. Eine Freilaſſung, welche die geſetzliche Zahl überſchreitet, iſt ungültig, und wenn der Teſtator die Scheidung der gültigen von den ungültigen (z. B. durch Schreiben der Namen im Kreis, oder durch nicht namentliche Bezeichnung der Perſonen) unmöglich gemacht hätte, ſollen alle ohne Wirkung ſeyn[ccc]). Juſtinian hat auch dieſes Geſetz aufgehoben[ddd]).

Sehen wir noch einmal auf die bisher dargeſtellten geſetzlichen Beſchränkungen der Manumiſſion zurück, ſo hatten die bedeutendſten derſelben einen politiſchen Grund (vgl. Bd. I §. 107 S. 516—519), nur bey einigen verbindet ſich damit die Rückſicht auf das Privatintereſſe des Freilaſſers oder dritter Perſonen. Gerade dieſe letztern ſind allein im juſtinianiſchen Recht übrig geblieben, die erſteren ſind durch eine entgegengeſetzte Politik verdrängt worden.

Es giebt Fälle, wo Sclaven ohne Manumiſſion frey werden[eee]). So iſt die Freiheit als Belohnung für die Entdeckung gewiſſer Verbrechen verheißen[fff]). Ein um ſeiner Krankheit willen vom Herrn verlaſſener Sclave wird durch ein Edict des Claudius frey, durch eine Verordnung Veſpaſian's und ſpäterer Imperatoren eine Sclavin, die gegen die Veräußerungsbedingung proſtituirt wird, auch wenn der ehemalige Herr, der

---

ccc) Gai. I. 42—46. Ulpian. I. 24. 25. Paul. IV. 14: ad legem furiam caniniam. *ddd*) Inst. I. 7: de l. furia can. tollenda.

eee) Dig. XL. 8: qui sine manumissione ad libertatem perveniunt. Vgl. Zimmern Geſch. des röm. Privatr. I. §. 211.

fff) Cod. VII. 13: pro quibus causis servi pro praemio libertatem accipiunt. Schon unter Auguſt ließ das S. C. silanianum dem Sclaven die Freiheit geben, der den Mörder ſeines Herrn entdeckt.

dieſe Bedingung geſetzt hat, ſelbſt auf ihre Geltendmachuug verzichtet. Ebenſo nach einer Verordnung von Marcus und Commodus der unter der Bedingung der Freilaſſung veräußerte Sclave, wenn der Verpflichtete dieſer Verbindlichkeit nicht nachkommt. Unter Trajan wurden durch mehrere Senatusconſulte die Behörden angewieſen, bey der fideicommiſſariſchen Freiheit die Manumiſſion durch ihren Ausſpruch zu erſetzen, wenn der Verpflichtete ſich der Erfüllung ſeiner Pflicht durch Abweſenheit entzieht (S. C. rubrianum) oder auch ex iusta causa abweſend iſt, wo er dann doch als Manumiſſor behandelt werden ſoll (S. C. dasumianum), oder wenn er in einer andern Provinz domicilirt (S. C. articuleianum, 101 n. Chr.). Nach einem S. C. vitrasianum (wahrſcheinlich früher als jene) ſoll, wenn der Verpflichtete infans und dadurch an der Manumiſſion verhindert iſt, der Prätor ſich ebenſo interponiren. Das S. C. iuncianum v. J. 182 n. Chr. zieht auch den Fall herbey, wenn der Sclave, deſſen Freilaſſung aufgetragen iſt, nicht dem Erblaſſer gehörte[ggg]). Von der Freiheit in Folge eines dauernden Beſitzes derſelben war ſchon oben die Rede. Nach einem Geſetz Leo's ſoll die Aufnahme unter die kaiſerlichen cubicularii[hhh]), nach Juſtinian's Vorſchrift die Aufnahme als Kloſter- oder Weltgeiſtlicher die Freiheit geben[iii]).

b. Die Freien.

CCXIV. Die Eintheilung der Menſchen in Freie und Sclaven iſt die summa divisio de iure personarum[a]), durch die Einreihung in die eine oder die andere dieſer Claſſen ent-

---

ggg) L. 28. 30. 51 D. de fideic. libert. (40, 5). Vgl. Zimmern Geſch. des römiſchen Privatr. I §. 203.

hhh L. 4 C. de praep. sacri cubic. (12, 5).

iii) Nov. 5 c. 2 §. 1. Nov. 123 c. 4. 17.

a) Gai. I. 9.

ſcheidet ſich, ob der Menſch überhaupt zu den berechtigten Weſen gehört oder nicht. Frey iſt, wer nicht Sclave iſt; durch dieſe negative Beſtimmung ſoll angedeutet werden, daß die Freiheit nur ganz allgemein die Möglichkeit von Rechten enthält. Der Begriff der Freiheit bey den Römern iſt weit entfernt, einen ſo mächtigen poſitiven Inhalt zu haben, als bey den alten Deutſchen, die römiſche Freiheit allein gab noch keineswegs eine bedeutende ſtaats- und privatrechtliche Stellung, unter den Freien ſelbſt beſtanden ſo beträchtliche Unterſchiede der Rechtsfähigkeit, daß mit der bloßen Freiheit poſitiv und actuell noch wenig gewonnen war.

So giebt es gewiſſe Zuſtände, die den Menſchen nicht zum Sclaven machen, die alſo Zuſtände der Freien ſind, aber den, der ſich darin befindet, factiſch oder rechtlich ſehr nahe an die Stellung der Sclaven hinrücken, und die daher als Annäherungen an die Unfreiheit aufgefaßt werden können.

Solche Mittelzuſtände zwiſchen Freiheit und Unfreiheit, wie wir ſie nennen können, obwohl der darin ſich Befindende frey iſt, ſind folgende:

1) Wer in factiſcher Dienſtbarkeit lebt, indem er irrthümlich für einen Sclaven gehalten wird, iſt frey und hat die Rechte eines Freien, aber in gewiſſen Punkten, namentlich in Beziehung auf gewiſſe Erwerbungen für den Herrn, wird er dennoch wie ein Sclave behandelt. Dieß war nothwendig, wenn nicht durch die Möglichkeit, daß ein vielleicht mit dem beſten Grund als Sclave Gehaltener ſich hinterher als ein Freier erwies, Unſicherheit und Verwirrung in alle Rechtsverhältniſſe, bey deren Eingehung man ſich ſeiner bona fide bedient hatte, kommen ſollte.

2) Der auctoratus, d. h. der ſich zum Kampfſchauſpiel durch auctoramentum verdingt, verliert ſeine Freiheit nicht, aber er kommt doch in eine Gewalt, die ihm in Beziehung auf die verabredete Diſpoſition über ihn in eine ſclavenähnliche

Stellung bringt, ſo daß auch mit der actio furti ſeinetwegen, wie wenn ein Sclave entwendet wird, geklagt werden kann[b]).

3) Wer einen Kriegsgefangenen loskauft, hat ein Pfandrecht an ihm, bis er wegen des Kaufpreiſes befriedigt wird; ſo lange iſt das Poſtliminium ſuſpendirt, und der redemtus ab hostibus noch servorum loco[c]).

4) Auch die Schuldknechtſchaft des inſolventen Schuldners, der dem Gläubiger zugeſprochen worden iſt, addictus, adiudicatus, (§. 179) iſt ein der Unfreiheit analoger Zuſtand. Nach ſpäterem Recht hielt ihn der Gläubiger als einen ihm dienſtbaren Arbeiter, um ſich aus ſeinen Dienſten allmählich zu befriedigen, wenn er nicht etwa vorher von ſolchen, die ſich für ihn intereſſirten, gelöſt wurde. Gegen den, der ihm den Adjudicatus entwendete, konnte der Gläubiger mit der actio furti klagen[d]). Im juſtinianiſchen Recht beſteht dieſe Art von Perſonalexecution nicht mehr (§. 188).

5) Ein Freier, der von einem dazu Berechtigten mancipirt wird, verliert dadurch nicht ſeine Freiheit, aber wie die Mancipation nicht anders als bey einem Sclaven geſchieht, wird er servorum loco geſtellt, ſo daß auch die Freilaſſung der Sclaven auf die in mancipio Seienden angewendet wird, und ſie nicht in andrer Art von der Gewalt loskommen können. Nur gelten die Manumiſſionsbeſchränkungen nicht für ſie, und ſie werden durch die Manumiſſion nicht zu Libertinen, wie denn auch ſonſt ihre Perſönlichkeit durch die Gewalt, in der ſie ſich

b) Gai. III. 199. Acron ad Horat. serm. II. 7, 58. — Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 112 sq.) Collatio leg. mos. IV. 3. XI. 2. Schulting. iurispr. anteiust. p. 746. 766. — Conſtantin hat die Gladiatorenkämpfe verboten L. un. C. de gladiatorib. penitus tollendis 11, 43).

c) L. 2 C. de postlim. (8, 51) L. 15. 19 §. 9 L. 20 §. 2 L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15). Nach einem Geſetz des Honorius ſoll der Redemtus zu fünfjährigem Dienſt bey dem Loskäufer, um die Kaufſumme abzuarbeiten, angehalten werden können L. 2 C. Th. de postlim. (5, 5) L. 20 C. I. eod. d) Gai. III. 199.

befinden, keineswegs abſorbirt wird[e]). Das Weitere ihres Zuſtands hängt mit der Natur dieſer Gewalt, des mancipium, zuſammen, von der unten, ſo weit unſere Quellen darüber Aufſchluß geben, die Rede ſeyn wird. Im juſtinianiſchen Recht kommt das Mancipium nicht mehr vor.

6) Von allgemeinerem geſchichtlichen Intereſſe, als irgend einer der bisher erwähnten Mittelzuſtände iſt der durch das Inſtitut des Colonats gegebene, welches ſich in der vierten Periode über das ganze römiſche Reich verbreitet hat[f]).

Der Colonat beſteht darin, daß Menſchen mit einem Grundſtück zum Behuf der Cultur deſſelben untrennbar verbunden ſind. Solche coloni, agricolae, rustici (Bauern, von ihrem Beruf), inquilini, glebae inhaerentes (von ihrer Verbindung mit dem Gut), adscripticii, censiti, tributarii (Kopfſteuerpflichtige, und zwar ſo daß der Herr des Guts auch für die Kopfſteuer dieſer bey dem Gut in die Steuerkataſter eingetragenen Bauern haftet), originarii (aus dem Gut ſtammende, bezeichnet die Colonen, die es durch Abſtammung ſind) — ſind rechtsfähig, aber ſie ſind doch gewiſſermaßen Sclaven des Grundſtücks[g]). Manche Rechtsſätze ſind von den Sclaven auf ſie übertragen worden: das Recht der körperlichen Züchtigung, die Vindication, Gleichſtellung eines flüchtigen Colonen mit einem servus fugitivus[h]), auch ſollen ſie mit keiner Klage gegen den Herrn gehört werden, ausgenommen wegen widerrechtlicher Erhöhung der Abgaben, und wegen Verbrechen[i]).

---

e) Gai. I. 123. 138—141.

f) Die Aufmerkſamkeit unſerer Juriſten iſt zuerſt wieder durch Savigny mittelſt einer gründlichen Erörterung des ganzen Inſtituts darauf gelenkt worden: Ueber den römiſchen Colonat, Abhandl. der berl. Acad. d. Wiſſ. 1822. 1823. Mit Zuſätzen in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. VI. 4.

g) L. un. C. de col. thrac. (11, 51): — licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur.

h) L. 23 pr. 24 C. de agricol. (11, 47).

i) L. 1. 2 C. in quib. caus. coloni (11, 49).

Das Vermögen eines Colonen heißt ſein Peculium (wie bey einem Sclaven), und es gehört mit ſeiner Perſon zum Gut, ſo daß er nichts davon veräußern kann, inſofern konnte man dem Herrn ein ähnliches Recht daran, wie an dem Erwerb des Sclaven zuſchreiben; aber dieſe Aehnlichkeit wird auch hier nur durch das Verhältniß zum Gut hervorgebracht, welches die Unterwerfung des Colonen unter den Herrn vermittelt, während das Verhältniß des Sclaven zum Herrn ein rein und unmittelbar perſönliches iſt[k]). In der Verbindung mit einem beſtimmten Grundſtück, von dem der Colone nur in geſetzlich feſtgeſetzten Fällen getrennt werden darf[l]), liegt aber nicht bloß eine Annäherung des Colonen an den Sclaven (als servus terrae), ſondern auch die Verſchiedenheit beider, eine Garantie für den Colonen, die ihn der willkührlichen Diſpoſition des Herrn entnimmt. Daher ſteht der Colone zum Herrn auf dem freien Fuß eines Verpflichteten in Beziehung auf den jährlichen Canon, annua functio, eine Abgabe, die er vertragsmäßig oder nach Herkommen dem Herrn, und zwar regelmäßig in Früchten entrichten muß[m]). Daher iſt es als eine Art von Freilaſſung zu betrachten, wenn jemand ſeinen Sclaven zum Colonus macht; davon kommt der Name patronus für den Herrn des Guts.

Sclaven können von ihrem Herrn willkührlich zu Colonen gemacht werden, ſie ſind wahre Coloni, ſo wie ihre Verbindung mit dem Gut unwiderruflich geworden iſt, und dieß geſchieht durch ihre Eintragung in die Steuerkataſter bey dem Gut[n]). Freie können durch Vertrag Colonen werden, nur ſoll

k) L. 2 C. cit. L. 23 §. 2 C. de agric. (11, 47) L. 1 C. Th. ne colonus inscio domino alienet peculium, vel litem inferat ei civilem (5, 11). Savigny a. a. O. S. 298 f. Einige hatten ausnahmsweiſe freie Verfügung über ihr Vermögen L. 18. 23 §. 1 C. de agric.

l) L. 2. 7. 13 §. 1 C. eod.

m) L. 5. 20 §. 2 C. eod. Gregor. M. epist. I. 44. Savigny a. a. O. S. 292—297. *n*) L. 7 C. de agric. (11, 47).

der bloße Vertrag nicht hinreichen, ſondern eine gerichtliche Confirmation, oder Eintragung in die Kataſter hinzukommen[o]), ſodann durch Verjährung, wenn ſie dreißig Jahre als Colonen gelebt haben[p]). Der gewöhnlichſte Rechtsgrund, aus dem jemand Colone iſt, iſt die Erzeugung von Eltern die Colonen ſind (woher der Name originarius). Stets iſt dieß der Fall, wenn auch nur die Mutter Colona iſt[q]), für den Fall, daß nur der Vater Colone iſt, hob Juſtinian anfangs das frühere Recht, welches auch hier das Kind zum Colonen machte, auf[r]), ſtellte es aber ſpäter wieder her[s]). Frey vom Colonat wird der Colone durch die Biſchoffswürde, keineswegs durch den geiſtlichen Stand überhaupt[t]), nach vorjuſtinianiſchem Recht der Colonus durch dreißigjähriges, die Colona durch zwanzigjähriges Leben außer dem Colonatverband, Juſtinian aber hat die Berufung auf einen noch ſo langen freien Zuſtand unterſagt[u]). Eine willkührliche Freilaſſung aus dem Colonat giebt es nicht, nur wurden die Soldaten, welche die Grundeigenthümer zu ſtellen hatten, aus den Colonen genommen und die in das Heer aufgenommenen eben dadurch der Leibeigenſchaft entzogen[v]).

Die hiſtoriſche Entſtehung des Colonats iſt ſo zu denken. Von Alters her unterſchied man Sclaven für den ſtädtiſchen

---

o) L. 22 pr. C. eod. *p*) L. 18 C. eod.

q) L. 16. 21 C. eod. Nach einem Geſetz Valentinian's III ſoll auch der Mann einer Colona (und umgekehrt die Frau eines Colonus) zum Colonen werden, wenn er ſich vor der Curie als ſolchen erklärt Nov. Valent. tit. 31: de colonis vagis et de advenis.

r) L. 24 C. de agric. (11, 47) Nov. 54 pr.

s) Nov. 162 cap. 2 (a. 539) Const. de adscripticiis et colonis (540). Auch über die Frage, wem die Kinder zufallen, die von Colonen verſchiedener Herren erzeugt ſind, iſt das Recht mehrmals verändert worden, vgl. Savigny a. a. O. S. 279 f.

t) Nov. 123. c. 4. 17. *u*) L. un. C. Th. de inquil. (5, 10) L. 23 pr. C. I. de agricol. (11, 47).

v) Nov. Valent. tit. 6: de tironib. 1.

Dienſt, und ſolche, die man zum Landbau gebrauchte. Die familia rustica war in mancher Hinſicht factiſch beſſer geſtellt; daß ſie nicht dem Luxus und der Mode unterworfen war, daß man den dem Betrieb der Oeconomie nachtheiligen Wechſel vermied, gab dieſen Sclaven mit ihren Familien einen ihnen vortheilhaften Zuſammenhang mit dem Landgut, von dem vernünftige Herren ſie als Acceſſionen betrachteten, die man nicht ohne Noth davon trennen dürfe. Es war factiſch nahezu derſelbe Zuſtand, der nachher im Colonat zu einem rechtlichen wurde. Jenen factiſchen Zuſtand in einen rechtlichen zu verwandeln, und dadurch den Eifer und die Betriebſamkeit jener unfreien Arbeiter anzuſpornen, ſich ſelbſt aber eine erhebliche Rente von dem Gut zu ſichern, konnte unter Umſtänden den Herren, namentlich bey anſehnlichem Grundeigenthum, wünſchenswerth erſcheinen. Daher geſtattete ein Geſetzgeber, Sclaven ſo freizulaſſen, daß ſie von dem Gut abhängig blieben, mit einem Wort Colonen wurden [w]). Von da an konnte es nicht fehlen, daß auch aus der freien beſitzloſen Maſſe nicht Wenige ihre Unterkunft in dieſem Verhältniß ſuchten. Später trat das Intereſſe des Staats hinzu, welches eine Ausbreitung des Inſtituts, und ſeine Erhaltung und Begünſtigung, wo es ſchon beſtand, zu fordern ſchien. Es ſicherte nämlich die Bebauung des Landes, das außerdem wegen Unerſchwinglichkeit der Steuern von den Eigenthümern häufig derelinquirt wurde, und zugleich die Erhebung der Steuern ſelbſt. Daher der Eifer, den die Geſetzgebung dieſem Rechtsverhältniß ſeit Conſtantin widmete, indem z. B. beträchtliche Strafen auf die

---

w) Wann dieß zuerſt geſchehen ſey, läßt ſich freilich ſo wenig ſagen, als zu welcher Zeit das Inſtitut eine ſo weite Verbreitung erhielt, als es ſicher ſchon zu Conſtantin's Zeit hatte. Die Stelle Marcian's in L. 112 pr. D. de leg. I (30) läßt ſich ſchwerlich auf andere Art erklären, als durch die Annahme, daß das Verhältniß damals ſchon beſtand (wenn auch nicht in der ſpäteren Ausdehnung), eine Annahme, die denn auch durchaus unbedenklich iſt.

Verheimlichung und Entziehung eines Colonus geſetzt wurden; ein Geſetz ſpricht dem, welcher einen jungen arbeitsfähigen Bettler anzeigt, dieſen als Colonen zu[x]) u. ſ. f. Ein Beiſpiel der Einführung des Colonats in einer Provinz giebt ein Geſetz Theodoſius II von 409. Die Scyren waren durch Krieg der römiſchen Herrſchaft unterworfen worden. Ihr Land oder ein Theil deſſelben wurde eingezogen und unter die Soldaten vertheilt, dieſen Grundeigenthümern aber zugleich das Recht gegeben, ſich aus der einheimiſchen unterjochten Bevölkerung Feldarbeiter zutheilen zu laſſen, mit der Beſtimmung jedoch, daß ſie nicht Sclaven, ſondern Colonen ſeyn ſollten, und nicht von dem Gut, für das ſie gegeben worden, weggebracht werden dürften[y]).

CCXV. Ein Unterſchied, der unter den Freien gemacht wird, hängt aufs engſte mit dem Inſtitut der Sclaverey zuſammen, es iſt der zwiſchen denen, welche von ihrer Geburt an frey ſind: Freigebornen, ingenui, und denen, die Sclaven geweſen ſind: Freigelaſſenen, libertini. Nichts iſt natürlicher, als die Zurückſetzung der letzten gegen die erſten. Auch die vergangene Sclaverey übt auf die Gemüther noch einen nachhaltigen Einfluß aus, der Freigewordene iſt äußerlich, aber nicht auch ſofort innerlich ein anderer Menſch. Dem Freigelaſſenen blieb größtentheils nichts übrig, als die Künſte, Geſchicklichkeiten, Handthierungen, durch die er ſeinem Herren gedient hatte, auch jetzt noch zu betreiben, um ſeinen Lebensunterhalt zu finden. Das war ein ſichtbarer Flecken, der ihm von ſeinem früheren Stand anhaftete, und ihn in den Augen des Volks herabſetzte.

Die alten Römer wollten den Freigelaſſenen weder privat- noch ſtaatsrechtlich vollkommen ſelbſtſtändig ſeyn laſſen. Sie

---

x) L. un. C. de mendic. valid. (11, 25).

y) L. 3 C. Th. de bonis mil. (5, 4).

unterwarfen ihn dem Patronat, einer Gewalt, die ſpäterhin allerdings einen weniger beengenden Charakter annahm, und zuletzt, abgeſehen von einzelnſtehenden Wirkungen, ſo gut wie ganz verſchwand [a]). Auf der andern Seite giebt es Minderungen der Rechtsfähigkeit, welche von dem Patronat ganz unabhängig ſind, ſo daß ſie auch einen Freigelaſſenen, der keinen Patron hat, treffen. Vorzugsweiſe beziehen dieſe ſich auf das öffentliche Recht, die Theilnahme an den Volksverſammlungen, die Fähigkeit zu obrigkeitlichen Würden, aber auch auf das Privatrecht hat die Zurückſetzung der Libertinen ihre Wirkung erſtreckt [b]). Eine Lex Viſellia hat eine criminelle Anklage gegen ſolche, die in den Stand und die Vorrechte der Ingenui ſich widerrechtlich eindrängen, angeordnet [c]).

Ingenuus iſt der nicht als Sclave Geborene (§. 211), vorausgeſetzt daß er nicht nachher in eine iusta servitus gekommen und daraus ohne Reſtitution ſeines Geburtsrechts befreit worden iſt [d]). Libertinus iſt der aus einer iusta servitus (einer wirklichen, nicht bloß analogen oder factiſchen, Note d) Manumittirte. Der Eintritt in die Familie eines Freien durch Arrogation macht nicht zum Ingenuus [e]), wohl aber kann die

---

a) Von dieſem Punkt wird noch an einem andern Ort gehandelt werden.

b) So in dem Recht der Lex Julia und Papia. Es wird davon an den einzelnen Orten die Rede ſeyn, unter einen allgemeinen Begriff laſſen ſich dieſe Beſchränkungen nicht faſſen.

c) L. un. C. ad legem viselliam (9, 21).

d) Die Ingenuität wird nicht verloren 1) wenn jemand aus dem Mancipium oder aus einer bloß factiſchen Dienſtbarkeit z. B. weil man ihn für einen Sclaven gehalten hat, manumittirt worden iſt (beides: das bloße servorum loco esse und das in servitute esse d. h. in factiſcher im Gegenſatz zu servum esse, ſteht der iusta servitus gegenüber) §. 1 I. de ingenuis (1, 4). Paul. V. 1, 2. L. 1—4. 8 C. de ingen. manum. (7, 14), 2) durch Gefangenſchaft, ſofern das Poſtliminium die Geburtsrechte reſtituirt L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15) L. 9 C. de ingen. manum. Quintil. inst. V. 10, 60.

e) Gell. V. 19.

Ingenuität durch Conceſſion des Princeps erlangt werden, man gebraucht dafür den Ausdruck natalibus restitui, wie bey einem Freigebornen, der als Sclave behandelt worden war[f]). Dieſe Conceſſion ſtellt den Libertinus in jeder Rückſicht dem Ingenuus gleich; es gab aber auch eine Verleihung der Ingenuität, wobey die Patronatrechte vorbehalten wurden und nur in jeder andern Hinſicht der Freigelaſſene wie ein Ingenuus galt, dieß heißt das ius aureorum anulorum[g]). Doch ſollte auch dieſe Verleihung geringeren Grads nicht ohne Zuſtimmung des Patrons geſchehen. Juſtinian hat endlich allen Freigelaſſenen durch ein allgemeines Geſetz das Jus Anulorum, alſo den Stand der Ingenuität gegeben[h]).

B. Civitas.

a. Cives.

CCXVI. Die Freien (mögen ſie Freigeborene oder Freigelaſſene ſeyn; ja auch die welche servorum loco ſind, werden nicht von dieſer Eintheilung ausgenommen) ſind entweder Cives Romani oder Nichtcives. Die römiſche Civität hat eine politiſche und eine privatrechtliche Bedeutung. In jener Hinſicht giebt ſie das ius suffragii et honorum und die Theilnahme an den munera publica. Nicht alle Bürger hatten jene

---

f) Dig. XL. 11: de natalibus restituendis. Cod. VI. 8: de iure aur. anul. et nat. restituendis.

g) Dig. XL. 10: de iure aureorum anulorum. Fragm. vat. 226: ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat salvo iure patronorum patronique liberorum. L. 3 pr. D. de bon. lib. (38, 2): — hic enim vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus.

h) Nov. 78. c. 1. 2. Er nennt cap. 1: *καὶ τὸ τῶν χρυσῶν δακτυλίων καὶ τὸ τῆς παλιγγενεσίας δίκαιον*, welches letzte offenbar das natalibus restitui bedeuten ſoll, aus dem cap. 2 aber ergiebt ſich, daß das letztere zwar ebenfalls nicht mehr von einer beſonderen kaiſerlichen Verleihung abhängig ſeyn ſoll, wohl aber einen Verzicht des Patrons auf die Patronatrechte vorausſetzt. Unrichtig faßt Walter Geſch. des R. R. S. 516 das Geſetz auf.

Rechte, ja es gab ſolche, die nicht einmal der letzteren voll= ſtändig fähig waren[a]). Aus der Geſchichte der Verfaſſung iſt erſichtlich, wie die politiſche Bedeutung der Civität in der drit= ten Periode untergieng. Länger erhielt ſich die privatrechtliche, die der Hauptſache nach, und abgeſehen von einzelnen beſon= deren Unterſchieden, in der Fähigkeit zu dem ius civile, dem ei= genthümlichen Recht des römiſchen Volks, beſteht, dem commercium und connubium (§. 197), welche der Civis vor dem Nichtcivis voraus hat.

Die politiſchen Wirkungen der Civität ſetzen eine ſittliche Achtung (existimatio) voraus, in welcher der Bürger bey ſei= nen Mitbürgern ſteht, ja dieſe Vorausſetzung wird ſich auch auf gewiſſe privatrechtliche Verhältniſſe erſtrecken, auf ſolche nämlich, die einen näheren Zuſammenhang mit der öffent= lichen Stellung haben. Der Verſtändige wird nicht dafür hal= ten, daß die öffentlichen Angelegenheiten unter der Mitwir= kung und dem Einfluß ſittlich verächtlicher Perſonen wohl be= rathen ſeien, mag ſich auch gegen ihre abſtract rechtliche Stel= lung und gegen ihre Geſchicklichkeit nichts einwenden laſſen, und dieſe Ueberzeugung wird ſich zu Rechtsſätzen ausbilden, wodurch Verächtliche von gewiſſen Befugniſſen, die außerdem in der Civität liegen, ausgeſchloſſen werden.

An ſich kann keinem Bürger die Achtung verſagt, es muß ihm eine dignitas (Ehre) darum, daß er Civis iſt, zugeſchrie= ben werden. Dieſe Achtung geht völlig unter (existimatio consumitur) nur dann, wenn das Vergehen, deſſen er ſich ſchul= dig gemacht hat, den Verluſt der Civität zur Folge hat, ſo lange er Civis bleibt, muß bey ihm ſtets noch, wenn auch nur ein Reſt jener Ehre, angenommen werden[b]). Aber dieſe be=

---

a) Vgl. Band I §. 60.

b) L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13): Consumitur vero (existimatio), quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum *civitas aut* libertas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel cum plebeius in opus metalli vel

fleckte Ehre iſt nicht hinreichend zu den vollen bürgerlichen Rechten, die existimatio, die für die volle Rechtsfähigkeit vorausgeſetzt wird, iſt der Zuſtand der Unbeſcholtenheit, der unverminderten Ehre[c]), ſchon eine Minderung derſelben bringt den Bürger um gewiſſe Rechte, die nur dem unbeſcholtenen zuerkannt werden.

Der Zuſtand geminderter Ehre heißt überhaupt ignominia, nota. Der Hauptfall iſt die minutio existimationis durch einen Rechtsſatz, der mit einem gewiſſen Umſtand, welcher den Bürger in der ſittlichen Achtung herabſetzt, eine Minderung der Rechtsfähigkeit verbindet. Dieß iſt die Bedeutung der **infamia**, die, urſprünglich ein ſehr folgenreiches Rechtsinſtitut, allmählich immer mehr an ihrer Wichtigkeit verloren hat[d]).

Die urſprüngliche Bedeutung der Infamia iſt die, daß der Infamis, während er Civis bleibt, die politiſchen Rechte der Civität verliert, alſo die Fähigkeit aller Aemter, die zu den honores gerechnet werden[e]), und das Stimmrecht in der Volksverſammlung[f]). Der Prätor hat den Infames das Recht zu poſtuliren[g]), und als Stellvertreter eines Andern aufzutreten, zum Theil auch das Recht durch einen Stellvertreter den

---

in metallum datur —. Die curſiv gedruckten Worte müſſen als von den Compilatoren geſtrichene hinzugedacht werden.

c) L. 5 §. 1 D. eod.: Existimatio est dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

d) Eine neue Darſtellung dieſer Lehre, wodurch ſie in ihr wahres Licht geſetzt worden iſt, ſ. in Savigny's Syſtem des heut. R. R. II §. 76—83 und Beil. VII. Eine frühere Schrift über dieſen Gegenſtand iſt: Marezoll über die bürg. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweiſe Schmälerung 1824.

e) Cic. pro Cluentio 42. L. 1 pr. D. ad L. iul. de vi priv. (48, 7) L. un. C. de infamibus (10, 57). Die Lex Julia municipalis hat dieß ausdrücklich auch auf die Municipalwürden erſtreckt, Tab. heracl. v. 108—141. *f*) Vgl. Band I §. 60 Note f. k.

g) L. 1 D. de his qui notantur infamia (3, 2).

Proceß zu führen beſchränkt (§. 155. 156), die lex iulia de maritandis ordinibus beſchränkte ſie in Beziehung auf die Ehe. Einige ſind durch Geſetz vom Zeugniß ausgeſchloſſen, theils in den Gerichten, theils auch vom Solennitätszeugniß[h]), was daher keine allgemeine Folge der Infamia iſt; wenn die Zwölf Tafeln gewiſſe Perſonen für improbi et intestabiles erklären[i]), ſo iſt der erſte Ausdruck wahrſcheinlich gleichbedeutend mit infamis, der zweite bezeichnet die beſondere Folge der Unfähigkeit zum Zeugniß, die keineswegs auch andern Fällen der Infamia angehört.

Infames ſind alle in einem iudicium publicum (einem durch eine Lex geordneten Criminalverfahren, im Gegenſatz zu dem crimen extraordinarium) Verurtheilten[k]), der auf die actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli Verurtheilte, oder wer ſich von dieſen Klagen losgekauft hat[l]), der wegen Zinswuchers[m]) und auf die actio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati, depositi (directa) Verurtheilte[n]), der Soldat, der eine missio ignominiosa erhält, der Delator an den Fiscus, wenn ſeine Denuntiation ſich als unbegründet ausweiſt[o]), der Inſolvente, deſſen Güter von den Gläubigern

---

h) L. 1 §. 1 L. 14. 15 pr. 21 pr. D. de testib. (22, 5) L. 20 §. 5 D. qui testam. (28, 1).

i) Gell. XV. 13: „qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto" (ſ. oben §. 174). Gell. VI. 7. L. 26 D. qui testam. (28, 1).

k) L. 7 D. de publ. iud. (48, 1). Nur nach und nach hat ſich dieſer Rechtsſatz als ein allgemeiner für alle iudicia publica gebildet, ſ. Savigny a. a. O. S. 173.

l) L. 1. 6 §. 2. 3 D. de his qui not. inf. (3, 2). In dieſen Fällen iſt die Infamia auch die Folge einer Verurtheilung auf eine accusatio, die extra ordinem wegen dieſer Delicte erhoben worden iſt.

m) L. 20 C. ex quib. caus. infam. (2, 12).

n) Cic. pro Roscio com. 6, pro Caec. 2. 3. Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 111).

o) L. 2 pr. 18 §. 7 D. de iure fisci (49, 14).

nach erfolgter Miſſio proſcribirt und verkauft ſind[p]). In allen dieſen Fällen iſt es ein richterliches Urtheil oder eine obrigkeitliche Verfügung, oder was dem gleich geſtellt iſt, welches den Eintritt der Infamia bedingt und vermittelt (man hat daher dafür den Namen infamia mediata erfunden). Aber es giebt auch Fälle, wo eine Handlung oder ein Zuſtand unmittelbar infamirt, ohne daß es eines Urtheils bedarf (ſ. g. infamia immediata). Dahin gehört die Infamia der im Ehebruch ergriffenen Frau[q]), des Verletzers eines eidlich bekräftigten Vergleichs[r]), des Vormunds, der ſeine Mündelin heirathet oder ſie von ſeinem Sohn heirathen läßt, ehe ſie volljährig geworden, und die zuſtehende Reſtitution verjährt iſt[s]), die Infamia, die eine Folge doppelter Ehe oder doppelter Sponſalien, der Verletzung des Trauerjahrs, des Dienens fremder Wolluſt

---

p) Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 113 sqq.) queive in iure abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit, quei sponsoribus creditoribusque suis renuntiavit, renuntiaverit, se soldum solvere non posse, aut cum iis pactus est, erit, se soldum solvere non posse, prove quo datum depensum est, quoiusve bona ex edicto — possesa proscriptave sunt, erunt. Das Geſetz unterſcheidet vier durch ve getrennte Fälle der Infamia: 1) gewiſſenloſes Abſchwören der Schuld auf einen in iure deferirten Eid (Plaut. menaechm. IV. 2, 12—14. Sallust. Cat. 26 fidem prodiderat, creditum abiuraverat. Serv. Aen. VIII. 263 abiurare est rem creditam negare periurio. Paul. II. 1. C. IV. 1 de rebus creditis et iureiurando. L. 14 D. de iureiur. (12, 2); 2) gewiſſenloſes Beſchwören der Solvenz, nachdem man vorher ſchon die Inſolvenz angezeigt oder Nachlaß erhalten hatte — (bonamve copiam iuravit — posse gehört zuſammen (Huſchke, Recht des Nexum S. 138 Note 189) und darf nicht mit bonam copiam eiurare (Cic. ad fam. IX. 16. Fest. v. eiuratio), ſeinem directen Gegentheil verwechſelt werden); 3) Steckenlaſſen der Bürgen; 4) Miſſion und Proſcription, ausgenommen gegen das Vermögen eines Abweſenden und Pupillen §. 179 bb. R.)

q) L. 43 §. 12. 13 D. de ritu nupt. (23, 2).

r) L. 41 C. de transact. (2, 4). s) L. 66 pr. D. de ritu nupt. (23, 2) L. 6. 7 C. de interd. matr. inter pup. (5, 6).

als Gewerbe oder wider die Natur, des Auftretens als Schauſpieler, der Vermiethung zu Thierkämpfen war[t]).

Die Infamia iſt aber nicht die einzige Ehrenminderung, die rechtlich in Betracht kommt. Der Cenſor, dem es oblag, einen Theil der politiſchen Wirkungen der Infamia zu realiſiren, durch Ausſtoßung des Infamis aus den Tribus, dem Senat, dem Ritterſtand, hatte in ſeiner Amtsgewalt das Mittel, auch außer den geſetzlichen Fällen ſeiner Ueberzeugung von der Unwürdigkeit eines Bürgers, als Organ des Nationalgefühls Folge zu geben durch Entziehung der politiſchen Rechte, indem er einen Bürger aus den Tribus u. ſ. f. entfernte, oder ihn überhaupt durch Beiſetzung eines ihm zu machenden Vorwurfs bey ſeinem Namen in den Liſten (subscriptio censoria) der öffentlichen Mißachtung überlieferte (Bd. I S. 199 f.). Aber auch andere Behörden und ebenſo die Richter hatten in ihrem Wirkungskreis das Recht, der Ueberzeugung des Volks und ihrer eigenen von der Unwürdigkeit eines Bürgers Wirkſamkeit zu verſchaffen in Verhältniſſen, bey denen eine Entſcheidung nach einem durch die Qualität der Perſon beſtimmten Ermeſſen eintritt, wie z. B. bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugniſſes, ferner der Begründung der querela inofficiosi testamenti, wo nicht bloß auf die Infamia, ſondern auch auf eine ſolche ignominia oder nota, die es in den Augen des Volks iſt, wenn ihr auch nicht durch ein beſtimmtes Geſetz der Charakter der Infamia gegeben wird, Rückſicht genommen werden muß[u]). So kommen neben den infames auch andere ignominiosi, notati, turpes personae im Recht zur Sprache, obwohl eine ſolche unbeſtimmte Ehrenminderung niemals gleiche Bedeutung mit der Infamia gehabt hat.

Allerdings aber hat ſich gerade dieſe unbedeutendere Wir-

---

t) L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1) Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 122. 123) L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2).

u) L. 27 C. de inoff. test. (3, 28).

kung, welche die Infamia mit der ſonſtigen nota oder turpitudo gemein hat, länger erhalten, als die eigenthümliche der Infamia ſelbſt. Von der Entziehung des ius suffragii konnte ſchon unter den Principes nicht mehr die Rede ſeyn, auch die des ius honorum wurde unter dem despotiſchen Regiment unpraktiſch. Die Gemeindeämter, auf die man die Unfähigkeit der Infames vorzugsweiſe hätte anzuwenden gehabt, wurden ſo ſehr geflohen, daß es als eine Wohlthat erſchien, derſelben unfähig zu ſeyn (Band I §. 123). Die Beſchränkung der Ehe hörte auf. Ebenſo die Beſchränkung der Stellvertretung im Proceß[v]). Die Unfähigkeit zu poſtuliren (zur Advocatur) iſt als eigenthümliche Wirkung der Infamia geblieben, dieſe Wirkung fällt indeſſen nach der ſpäteren Gerichtsverfaſſung unter die Unfähigkeit zu Aemtern, denn ein ſolches iſt die Advocatur in jener Zeit geworden (§. 183).

Wir haben in der Ehrenminderung eine Quelle von Unterſchieden innerhalb der Civität kennen gelernt, die ſich zunächſt auf das öffentliche Recht bezog, aber auch auf das Privatrecht nicht ohne Einfluß blieb. Es giebt noch andere Momente von ſolcher Wirkung. Im älteren Recht gehörte dahin die Unterſcheidung der Bürger in Patricier und Plebejer, die auch die Privatrechtsfähigkeit afficirte. Es iſt in der Geſchichte des Rechts angegeben worden, wie dieſer Unterſchied nach und nach ſeine Bedeutung verlor. Das Einzelne wird bey den einzelnen Rechtsinſtituten vorkommen. Andere Standesverſchiedenheiten haben beſonders im ſpäteren Recht in manchen Punkten eine erhebliche Differenz der Rechte zur Folge, wie der Soldatenſtand, ſpäter der Staatsdienſt überhaupt. Unter den chriſtlichen Kaiſern wurde die Religion eine bedeutende Quelle der Rechtsverſchiedenheit; theils das Bekenntniß einer von dem Chriſtenthum verſchiedenen Religion, theils vornehmlich das einer Abweichung von der orthodoxen chriſtlichen Lehre

---

v) §. ult. I. de except. (4, 13).

(die Häreſie) und der Abfall vom Chriſtenthum oder von der orthodoxen Lehre (die Apoſtaſie) hatten Beſchränkungen der Rechtsfähigkeit zur Folge, die bey manchen Häretikern und Apoſtaten nahe an eine völlige Rechtloſigkeit ſtreiften [w]).

b. Nichtcives.

CCXVII. Es gab eine Zeit, wo jeder Nichtcivis an ſich in Rom rechtsunfähig war. Dieſer Zuſtand wurde durch Bündniſſe mit auswärtigen Völkern modificirt, die Erweiterung dieſer Bündniſſe und die Unterwerfung anderer Völker unter die römiſche Herrſchaft, ihre mehr oder weniger vollſtändige Incorporation in den römiſchen Staat, ohne daß die Unterworfenen der römiſchen Civität theilhaftig wurden, brachte eine Umkehr jenes alten Rechtsſatzes hervor. Auch die Nichtcives, wenn ſie frey waren, wurden im allgemeinen als rechtsfähig erklärt, nur beſtand freilich noch immer der große Unterſchied zwiſchen ihnen und den Bürgern, daß jene nicht bloß der politiſchen Rechte entbehrten, ſondern auch das ius civile als ein proprium ius civium romanorum feſtgehalten wurde, und die Nichtcives der Regel nach auf das Jus Gentium angewieſen waren [a]).

Den vollſtändigen Gegenſatz gegen die Cives bilden die peregrini. Für die Zeiten des äußeren Wachsthums des römiſchen Staats hat man bey dieſem Ausdruck nicht bloß an auswärtige Nationen zu denken, der größte Theil der Einwohner der römiſchen Staatsgebiete ſelbſt beſtand aus ſolchen Nichtcives, ja dieſe gerade haben wir uns als die Perſonen vor Augen zu ſtellen, durch welche der Begriff vornehmlich praktiſch war. Der Begriff der Peregrinität enthält die Unfähigkeit des ius civile, den Mangel des Commercium und des Connubium. Dieß ſchließt nicht aus, daß man einzelnen Pere-

---

w) Vgl. Zimmern Geſch. des röm. Privatr. I §. 130.

a) S. im erſten Band die Geſchichte des Jus Gentium §. 83. 84.

grinen, ohne ihnen die Civität zu ertheilen, das Commercium: die Fähigkeit des Eigenthums nach ius quiritium mit ſeinen Erwerbungen, römiſcher Obligationen, römiſcher Teſtamente und der Erwerbung daraus — ganz oder theilweiſe[b]), ebenſo das Connubium: die Fähigkeit römiſcher Ehe und Familienrechte[c]) durch beſondere Conceſſion verleihen konnte. Noch weniger wird jenes Princip der Unfähigkeit zum Jus civile dadurch verändert, daß manche Vorſchriften römiſcher Leges auf die Peregrinen durch Geſetze übertragen wurden[d]), oder der Prätor manche Sätze des Jus civile durch Fiction auf ſie anwendbar machte[e]). Außerdem ſind die Peregrinen nur des Jus Gentium fähig, und ihrer beſonderen Landesrechte, ſoweit ſie von den Römern anerkannt werden[f]).

---

b) Ulpian. XIX. 4: Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. XX. 14. Cic. pro Archia 5: — iis temporibus, quae tu criminaris ne ipsius quidem iudicio eum in civium romanorum iure esse versatum, et testamentum saepe fecit nostris legibus et adiit hereditates civium romanorum.

c) Ulpian. V. 4: Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Den gewöhnlichſten Fall, wo dieſes geſchah, erwähnt Gaius I. 57, wozu die Soldatenabſchiede zu vergleichen ſind, in denen es heißt z. B. — veteranis — honestam missionem et civitatem dedit, quorum nomina subscripta sunt, ipsis, liberis posterisque eorum, et connubium cum uxoribus quas tunc habuissent, cum est civitas iis data, aut si qui caelibes essent, cum iis quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas ſ. Haubold opusc. II p. 852 sqq. Die Frauen blieben Peregrinen, aber die Ehe ſollte eine römiſche ſeyn und die römiſchen Folgen, namentlich in Beziehung auf die Kinder haben. Vgl. Savigny Syſtem II S. 41 ff.

d) Z. B. §. 213 Note bh. *e*) Gai. IV. 37.

f) Dieſe Berückſichtigung particulärer Landesrechte kam beſonders in der Provincialjurisdiction, und hier vornehmlich da vor, wo die Provincialen einheimiſche Richter erhielten, Band I §. 67. Vgl. Ulpian. XX. 14: — is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest — quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit

Peregrine iſt jemand von Geburt, der Regel des Jus Gentium nach (§. 211), wenn ſeine Mutter Peregrina iſt, weſſen Standes auch der Vater ſeyn möge. Anders wenn die Mutter mit dem Vater Connubium hatte (Note c), hier tritt das Princip des Jus civile ein, daß die Kinder dem Stand des Vaters folgen. Es iſt oben ausgeführt worden (§. 213 Note xx), daß die Lex Aelia Sentia gewiſſe Freigelaſſene zu Peregrinen machte mit dem Recht, durch Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität zu gelangen, eine ſolche Ehe ex lege aelia sentia war eine civilrechtliche zu nennen, man konnte ſagen, das Geſetz habe Connubium unter jenen Perſonen eingeführt[g]), und es trete daher die civilrechtliche Regel ein, daß das Kind dem Stand des peregriniſchen Vaters folge. Dieß ließ ſich ex lege aelia sentia jedoch nur im Fall einer ſolchen Ehe behaupten, in andern Fällen mußte man bey der Regel des Jus Gentium ſtehen bleiben, wonach das z. B. von einer Civis Romana mit einem Peregrinen erzeugte Kind Civis iſt. Ein Senatsbeſchluß aber unter Hadrian verordnete, daß überall, möge Connubium ſeyn oder nicht, das Kind eines Peregrinus ebenfalls Peregrine werden ſolle[h]). Peregrine kann je-

---

peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nulllius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.

g) Gai. I. 80, nur daß hier die Sache nach dem ſpäteren Recht (ſeit der Lex Junia) dargeſtellt wird, wo jene Peregrinen der Aelia Sentia als Latinen behandelt wurden, ſ. §. 213 Note xx.

h) So ſtellt Gaius I. 78 die Sache dar. Bey Ulpian dagegen findet ſich folgende Aeußerung V. 8: Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris conditioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex *mensia* ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi iubet. Eine Lex Menſia wird nur an dieſer Stelle erwähnt. Erwägt man, daß in der Handſchrift der Name der Aelia Sentia nirgends richtig geſchrieben iſt, ſo wird es erlaubt ſeyn, anzunehmen, daß unter dieſem mensia ebenſo jenes Geſetz verborgen liege, wie an den übrigen Orten unter ascia. Das Reſultat iſt dann, daß

mand auch werden durch Verluſt der Civität (§. 220), endlich durch Freilaſſung ex lege aelia sentia. Der eine Fall der letzteren iſt ſo eben wieder ewähnt worden, er iſt durch die Lex Junia weggefallen, der andere iſt bis auf die ſpäteren Zeiten geblieben: die dediticia libertas (§. 213), durch welche eine beſondere, gegen die ſonſtige ungünſtiger geſtellte Claſſe der Peregrinität entſtand. Der Name dediticii rührt von den Völkern her, die durch Waffengewalt und Dedition der römiſchen Herrſchaft unterworfen wurden[i]), und die in eine ungünſtigere Stellung zu dem römiſchen Staat, als andere ihm unterthänige gebracht zu werden pflegten. Der Unterſchied bezog ſich mehr auf das öffentliche Recht, und ſo ſind im Grunde auch die Freigelaſſenen welche ex lege aelia sentia dediticiorum numero ſind, in Beziehung auf die privatrechtliche Fähigkeit nicht von andern Peregrinen unterſchieden, nur daß bey ihnen von der Anwendung eines beſonderen Landesrechts nicht die Rede ſeyn konnte (Note f). Dieß letztere gilt auch von denen, die durch eine Strafe die Civität verloren haben, und Peregrinen geworden ſind[k]).

Zwiſchen den Peregrinen und den Cives beſteht eine Mittelſtufe: die Latinität, deren privatrechtliche Bedeutung die Fähigkeit zu den römiſchen Vermögensrechten, das Commercium iſt. Den Mangel des Connubiums haben die Latini mit den Peregrinen gemein[l]).

Als ein Begriff des öffentlichen Rechts hat die Latinität unbezweifelt ein ſehr hohes Alter, er iſt durch die politiſchen

---

Ulpian nur unvollſtändig in der Angabe der Quellen iſt, indem er nur Eine nennt, und das ergänzende S. C. wegläßt, wie er umgekehrt III. 3 nur die Lex Junia nennt, ohne die Lex Aelia Sentia zu erwähnen.

i) Gai. I. 14. Dieſe Stelle iſt es ohne Zweifel, aus der Theophilus (I. 5, 3) und Iſidorus (Orig. IX. 4, 49) geſchöpft haben, was ſie über dieſen Punkt mittheilen.

k) L. 17 §. 1 D. de poen. (48, 19): — ἀπόλιδες — sine civitate —.

l) S. Note b. c.

Vorzüge entſtanden, die das lateiniſche Volk (nomen latinum) vor andern socii populi romani voraus hatte, und die auch auf die coloniae latinae (latini coloniarii im Gegenſatz zu jenen latini, die, wie Gaius I. 79 ſagt, peregrinorum numero waren, d. h. einen beſonderen Staat bildeten) übertragen wurden. Es fragt ſich aber, ob auch jene privatrechtliche Bedeutung (Commercium ohne Connubium) ſchon in die „Latinität'' des lateiniſchen Volks und der lateiniſchen Colonien gelegt werden darf?[m]). Es exiſtirt kein irgend haltbarer Grund für das Gegentheil[n]); ſo ſcheint mir als das Natürlichſte angenommen werden zu müſſen, daß ſchon in dem Recht des lateiniſchen Volks das Commercium als privatrechtliches Element des Verhältniſſes lag, und daß es von dieſem auf die lateiniſchen Colonien übergieng, nicht erſt, wie man geglaubt hat, in ſpäterer Zeit willkührlich und ohne Vorgang für dieſe erfunden worden iſt. Denn daß lateiniſche Colonien das Commercium gehabt haben, iſt ausgemacht, beſtritten iſt nur, ob alle oder, wenigſtens von Anfang, nur einige dieſes Vorzugs theilhaftig geweſen ſind[o]).

---

m) Vgl. darüber im erſten Band §. 62. 63.

n) Daß Gaius I. 79 das lateiniſche Volk zu den Peregrinen nicht in dem privatrechtlichen Sinn, wo das Wort den Mangel des Commercium und Connubium bezeichnet, rechnet, iſt ſo eben ſchon bemerkt worden. — Huſchke (Servius S. 571 Not. 90), der annimmt, Latium und die lateiniſchen Colonien hätten urſprünglich das Commercium gehabt, glaubt, es habe nach dem großen lateiniſchen Kriege aufgehört, wegen Liv. VIII. 14: ceteris latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt. Aber das *inter se* geht auch auf connubia und commercia: es wurde der politiſche, und der größeren Sicherheit gegen neue Einverſtändniſſe wegen, auch ſogar der privatrechtliche Verkehr der Städte unter einander verboten.

o) Gaius III. 56 (und ähnlich Fragm. dosith. 8) ſagt, die Freigelaſſenen ex lege iunia ſeyen latini genannt worden, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt, er knüpft alſo den Rechtszuſtand jener an den dieſer an, oder

Zwey Claſſen von Rechten ſind in dem Commercium enthalten: der Vermögensverkehr unter Lebenden und die teſtamentariſche Erbfolge. Nun wäre es wohl denkbar, daß man den latiniſchen Colonien (vielleicht auch ſchon dem latiniſchen Volk) nur den erſten Theil des Commerciums zuerkannte, bey dem die Römer ſelbſt theils ein Privatintereſſe hatten, für ihren Verkehr mit jenen Städten, theils ein öffentliches, weil dieſes Commercium nöthig war, um ſie dem römiſchen Cenſus zu unterwerfen, während man nicht geneigt war, zuzulaſſen, daß römiſches Gut durch Erbfolge an ſie komme. Dieſer Theil des Commerciums wäre dann etwa einigen Colonien als Vorrecht ertheilt worden, und erſt ſpäter an alle gekommen. Wie dem auch ſey, eine ſichere Thatſache iſt es, daß Cicero von einer Zeit ſpricht, wo nur eine gewiſſe Anzahl latiniſcher Colonien das Recht hatte, daß ihre Bürger aus dem Teſtament eines römiſchen Bürgers etwas erwerben konnten [p]). Eben ſo gewiß iſt, daß zur Zeit der claſſiſchen Juriſten alle latini coloniarii das volle teſtamentariſche Erbrecht beſaßen. Dagegen gab es ſeit der Lex Junia (§. 213) eine Art von Latinen, die in dieſer Beziehung wiederum beſchränkt waren. Es ſind die latini iuniani, welche, in unvollkommener Form freigelaſſen, durch die Lex Junia für frey und Latinen erklärt ſind. Dieſe haben das Commercium, wie die latini coloniarii, ja ſie haben damit auch an ſich das teſtamentariſche Erbrecht, weshalb ſie z. B. bey einem Teſtament Zeugen ſeyn können, aber

vielmehr er ſagt, das Geſetz habe ihn daran angeknüpft, und darin liegt, daß der Geſetzgeber das Commercium als eine herkömmliche Qualität der Coloniarlatinen annahm, und zwar aller ohne Unterſchied, womit die künſtliche Entſtehung als eine erſonnene Singularität ſich nicht ſonderlich verträgt.

p) Band I §. 63 a. E. Es liegt darin keineswegs, daß in den übrigen keine römiſchen Teſtamente hätten gemacht werden können, wohl aber, daß auch die Römer aus den Teſtamenten ſolcher beſchränkter Latinen nichts erwerben konnten.

das Geſetz hat ihnen durch eine ſinguläre Vorſchrift das Recht ein Teſtament zu machen, und folgeweiſe auch das, aus einem Teſtament zu erwerben und zu Tutoren darin ernannt zu werden, entzogen[q]).

Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten gab es folgende Arten von Latinen:

1) Latinität durch Bürgerrecht in einer Commune, welcher das Jus Latii ertheilt worden iſt. Dieß iſt die Latinität der latini coloniarii, die das volle Commercium ohne irgend eine Beſchränkung in ſich ſchließt.

2) Latinität durch Freilaſſung. Auch dieſe begreift das Commercium, aber es kommen hier Beſchränkungen vor, welche eine weitere Claſſification dieſer Latinen erheiſchen. Auf den Grund einer Freilaſſung (unmittelbar oder mittelbar) ſind Latinen:

a) die von dem bonitariſchen Eigenthümer, ferner von dem Eigenthümer während eines an dem Sclaven beſtehenden Uſusfructus oder Pfandrechts Freigelaſſenen (§. 213, 2);

b) die unter dreißig Jahren ohne Beobachtung der von der Lex Aelia Sentia gegebenen Vorſchrift Freigelaſſenen (§. 213, 3);

c) die inter amicos, per epistolam u. ſ. f. Freigelaſſenen, denen die Lex Junia die latiniſche Freiheit giebt, die latini iuniani (§. 213, 1), wohin dann auch gewiſſe ohne eigentliche Manumiſſion Freiwerdende gerechnet wurden[r]);

d) die Nachkommen ſolcher Freigelaſſenen, deren Latinität ſich alſo wenigſtens mittelbar von einer Freilaſſung, ihrer Vorfahren nämlich, herſchreibt.

Gewiß iſt es, daß die unter c Genannten der obengedachten Beſchränkung hinſichtlich des teſtamentariſchen Erbrechts unterliegen, wie es auf der andern Seite nicht bezweifelt wird,

---

q) Gai. I. 22—24. III. 56. Ulp. XX. 8. 14. XXII. 3. Eine beſondere Schrift über dieſen Gegenſtand iſt: v. Vangerow über die Latini Juniani 1833.

r) L. un. §. 3. 4 C. de lat. lib. toll. (7, 6).

daß die unter d von dieſer Beſchränkung frey ſind. Was nun die unter a und b Aufgeführten anlangt, ſo pflegen die Neueren ſie unter dem Namen der iuniani mit zu begreifen, wozu die Redeweiſe der Quellen durchaus keine Berechtigung giebt [s]), und auch für ſie jene Beſchränkung ſtillſchweigend anzunehmen. In unſern Quellen wird weder dieß noch das Gegentheil ausdrücklich geſagt. Suchen wir aber die Frage nach dem Sinn der Lex Junia zu beantworten, ſo war der Grund, aus dem ſie ihren Latinen jene Beſchränkung auferlegte, folgender. Die inter amicos u. ſ. f. Freigelaſſenen waren bis auf dieſes Geſetz Sclaven, nur von Sclavendienſten frei geweſen, was ſie erwarben, war ein Peculium, das bey ihrem Tod dem Herrn oder ſeinen Erben zufiel. Dieß war die Abſicht der Herren, wenn ſie einen Sclaven auf jene unförmliche Weiſe frey zu geben ſich begnügten. Hätte nun die Lex Junia erklärt, ſolche Freigelaſſene ſollten Latinen mit dem Recht zu teſtiren ſeyn, alſo mit der Möglichkeit ihren Freilaſſern ihr Vermögen durch Teſtament ganz oder theilweiſe zu entziehen, ſo würde ſie ganz ohne Noth den Herren die Möglichkeit, eine Gunſt unbeſchadet ihres Intereſſes zu erweiſen, entzogen, und dadurch zugleich den Sclaven einen ſchlechten Dienſt gethan haben, indem nun gewiß viele Herren der Freilaſſung, da ſie nicht mehr mit Vorbehalt des vollen Erwerbs der Hinterlaſſenſchaft hätte geſchehen können, ſich ganz enthalten hätten. Es iſt alſo der von der Lex Junia im weſentlichen reſpectirte Wille des Herrn, der den Latini Juniani jene Beſchränkung auferlegt. Kann man daſſelbe ſagen bey den von dem bonitariſchen oder ſonſt beſchränkten Eigenthümer, ferner bey den in einem Alter unter dreißig Jahren Freigelaſſenen? Keineswegs;

---

s) Daß z. B. Ulpian XIX. 4 nur cives romani, latini coloniarii, latini iuniani, peregrini aufführt (Note b), kann nicht beweiſen, weil die Aufzählung in jedem Fall eine unvollſtändige bleibt, da ſie auch bey jener Ausdehnung des Ausdrucks latini iuniani nicht die Nachkommen derſelben begreifen würde.

hier den Herren jenen Vortheil zuzuwenden, wäre ohne alle Räſon, wenigſtens nicht der ratio legis iuniae gemäß geweſen. Hätten nun die römiſchen Juriſten dennoch dieſe andern Latinen wie die Juniani behandelt, ſo hätten ſie einen ganz anderen Grund dafür haben müſſen; ein ſolcher iſt uns nicht bekannt, wir ſind daher auch nicht berechtigt, jene gleiche Behandlung, die durch keine Stelle bezeugt wird, anzunehmen.

Bey der Aufzählung der Latinen durch Freilaſſung iſt nur auf die durch Cives Romani Freigelaſſenen Rückſicht genommen worden. Eine andere Claſſe derſelben bilden die durch Latinen, die der römiſchen Freilaſſungen fähig ſind, Manumittirten. Dieſe können ſtets nur Latinen werden; auch ſie aber ſind keine Juniani, nur für die von Juniani Freigelaſſenen könnte man ſich die Beſchränkung, der ihr Manumiſſor unterlag, denken, zum Vortheil des Patrons dieſes Letzteren [t]).

c. Uebergang zur Civität.

CCXVIII. Civis iſt jemand entweder von Geburt, oder iſt es erſt nachher geworden. Von den letzteren Fällen ſteht am nächſten der Geburt die Erwerbung der Civität durch Freilaſſung, wo jemand Civis wird in dem Augenblick, zwar nicht wo er Menſch wird, aber wo er in die Reihe der berechtigten Weſen eintritt. Endlich kann jemand, der bisher ſchon eine rechtliche Exiſtenz hatte, die Civität erwerben, und dadurch aus einem geringern Stand: der Peregrinität oder Latinität, in jenen höheren übertreten.

Durch Geburt wird Civis der in einem legitimum matrimonium Erzeugte, wenn es der Vater geweſen iſt, außerdem

---

t) Daß wir das Detail aller dieſer einzelnen Fälle in unſern Quellen nicht erörtert finden, darf bey der Beſchaffenheit derſelben nicht wundern. Es konnte nicht in die compendiariſchen Werke aufgenommen werden, die uns in ihrer Reinheit überliefert ſind, und von den Schriften, in die es gehört, ſind uns für dieſe Materie nur Excerpte in einer Compilation zugekommen, deren Verfertiger jenes Recht als antiquirt wegzulaſſen hatten.

wenn die Mutter dieſem Stand angehört. Die Modificationen dieſes Grundſatzes ſind ſchon an andern Orten vorgekommen (§. 211. 217).

Durch Freilaſſung wird Civis der von einem Civis Manumittirte. Die bedeutenden Modificationen dieſer Regel ſind oben angegeben worden (213. 217).

Ein Peregrine oder Latine kann durch ein Geſetz die Civität erwerben, welches einem gewiſſen Umſtand dieſe Folge beilegt[a]). Die meiſten dieſer Erwerbungen beziehen ſich ausſchließlich auf Latinen, ſo daß dieſen ein viel leichterer Uebergang zur Civität geöffnet iſt, als den Peregrinen. Für die Latinen, welche Cives werden, wird der Ausdruck: Erwerbung des ius quiritium gebraucht, für die Peregrinen nur der allgemeine: Erwerbung der Civität[b]). Die einzelnen Arten dieſer Erwerbungen ſind folgende[c]):

1) Die älteſte bekannte Beſtimmung dieſer Art iſt die, wonach die Bürger latiniſcher Colonien durch eine in ihrer Stadt

---

a) Nur den peregrini dediticii ſoll die Civität ſtets verſchloſſen ſeyn (§. 217).

b) Das letztere iſt die allgemein zuläßige Bezeichnung, die daher auch von Latinen (obwohl nicht regelmäßig) gebraucht wird Gai. I. 28, das erſtere iſt in genauer Rede auf die Latinen beſchränkt. Dieſe Verſchiedenheit des Ausdrucks tritt beſonders klar hervor in Plin. epist. X. 4. 6. 22. 23. 105. 106. Beide Ausdrücke ſagen der Sache nach daſſelbe, aber ius quiritium bedeutet die Differenz des römiſchen Bürgers und anderer Angehöriger des römiſchen Staats; während nun Latinen nur Staatsangehörige ſeyn konnten, war mit der Benennung peregrinus noch nicht geſagt, ob die Perſon ſchon im römiſchen Staatsverband ſtand, oder außerhalb deſſelben (ein Fremder im gewöhnlichen Sinne) war. Daher bediente man ſich bey Peregrinen ſchlechtweg des Worts, das auch in dem letzteren Fall, bey einem bisher dem Staat (der civitas in dieſem Sinne) ganz Fremden zuläßig war. Vgl. Huſchke über die Stelle des Varro ꝛc. S. 80 f. Zimmern Geſch. des röm. Privatr. I §. 124 a. E.

c) Eine Aufzählung und Erörterung derſelben enthalten Gai. I. 28—34. 66—96. Ulpian. III. VII. 4.

bekleidete Würde Anſpruch auf die römiſche Civität erhalten (Bd. I S. 236).

2) Die Lex Aelia Sentia, indem ſie auf der einen Seite gewiſſen Freigelaſſenen die Civität verſchloß, hat auf der anderen dieſen Umſtand zur Beförderung des Familienſtandes benutzt. Wenn der, welcher wegen mangelnden Alters bey der Freilaſſung von der Civität ausgeſchloſſen worden iſt, eine Frau nimmmt, entweder eine Bürgerin oder eine Latina coloniaria, oder eine die wenigſtens ſeinem eignen Stand angehört (die Lex Junia hat dieß nachher kürzer ſo beſtimmt: eine Civis oder Latina irgend einer Art), und ſeine Abſicht eine wirkliche Ehe einzugehen vor nicht weniger als ſieben mündigen römiſchen Bürgern ausdrücklich bezeugt, wenn er ſodann aus dieſer Ehe ein Kind hat, und dieſes ein Jahr iſt (anniculus): ſo kann er den Prätor oder den Präſes der Provinz angehen, jene Thatſachen darthun (causam probare), und erwirbt, ſowie die Behörde ausſpricht, daß die Thatſachen ſich wirklich ſo verhalten, mit Weib und Kind (wenn dieſe nicht ohnedieß ſchon Cives ſind[d])), die Civität. Stirbt er, ehe er die causae probatio vorgenommen hat, ſo können noch Frau und Kind, ſofern ſie ein Intereſſe dabey haben, ſie nachholen. Dieſes Recht iſt nachher auch auf die erſtreckt worden, die nicht wegen ihres Alters unter dreißig Jahren, ſondern aus einem andern Grund durch Freilaſſung Latinen geworden ſind (alſo auch auf die Latini Juniani), durch ein S. C. unter den Conſuln Pegaſus und Puſio unter Veſpaſian.

3) Nun kann es geſchehen, daß ein Latinus, indem er je-

---

d) Wenn das Weib civis iſt, ſo iſt es auch das Kind ſchon bey ſeiner Geburt, wenn der Vater ein Latinus iſt. Genau genommen hätte man ſagen müſſen, zwiſchen dem Latinus und der Civis Romana beſtehe eine Ehe ex lege aelia sentia et iunia, alſo ein legitimum matrimonium, mithin müſſe der Grundſatz angewendet werden, daß das Kind dem Stand des Vaters folge. Dieſe Anſicht iſt aber durch Hadrian mittelſt eines Senatsbeſchluſſes verworfen worden.

nen Weg einſchlägt, um anniculo zur Civität zu gelangen, aus Irrthum eine Peregrina heirathet, dieſer Irrthum, wenn er ihn nachweiſt, ſoll ihn nicht hindern, wie ſonſt durch den Anniculus die Civität zu erwerben. Ja ein ſolcher Irrthum kann auch ſonſt zur Civität verhelfen. Wenn ein Civis eine Latina oder Peregrina heirathet, weil er entweder ſich für gleichen Standes mit ſeiner Frau oder dieſe für gleichen Standes mit ſich hält, und ebenſo wenn eine Bürgerin aus Irrthum unter ihren Stand heirathet, ſo kann, wenn ein Kind aus dieſer Ehe vorhanden iſt, ohne daß hier ein beſtimmtes Alter deſſelben gefordert wird, für den Gatten und das Kind die Civität durch causae probatio erlangt werden. Dieſe erroris causae probatio iſt eingeführt durch ein S. C., deſſen Alter unbekannt iſt, nur daß es gewiß ſchon vor Hadrian gegeben war[e]).

4) Auf die unvollkommene Freilaſſung (inter amicos u. ſ. f.) konnte vor der Lex Junia, da der Freigelaſſene noch Sclave blieb, eine vollkommene (durch Vindicta u. ſ. f.) folgen, die ihm die wirkliche Freiheit gab. Nach jenem Geſetz wäre dieß eigentlich nicht mehr möglich geweſen, da es dem formlos Manumittirten die Freiheit gab, und ein Freier nicht manumittirt werden kann. Um aber die Wohlthat, die ſie jenen Freigelaſſenen erwies, nicht dadurch in einen Nachtheil zu verkehren, daß ſie es dem Herrn unmöglich machte, den Freigelaſſenen nachholend auf eine höhere Stufe zu heben, beſtimmte ſie entweder ausdrücklich, oder die Juriſten haben es durch Interpretation feſtgeſtellt, daß der Latinus Junianus durch Nachholung der feierlichen Manumiſſionsform (iteratione), wodurch der Herr die Vortheile, die ihm die latinitas iuniana des Freigelaſſenen gewährt, aufgiebt, zum Civis gemacht werden kann.

5) Nach der Lex Viſillia (oder Viſellia) erwirbt der Latine

---

e) Nach Gaius I. 73. III. 73.

die Civität durch einen ſechsjährigen (nach einem S. C. ſchon durch einen dreijährigen) Dienſt unter den vigiles zu Rom.

6) Der Latine, welcher (in Rom) ein Haus baut, ſofern er einen geſetzlich beſtimmten Theil ſeines Vermögens darauf verwendet, wird Civis[f]); ebenſo

7) nach einem Edict des Claudius der Latine, welcher ein Schiff von wenigſtens zehntauſend Modien Gehalt baut, und damit ſechs Jahre lang Getreide nach Rom führt;

8) der Latine, welcher ein pistrinum (Mühle mit Bäckerey) anlegt und, wie dieſer Fall der Erwerbung wahrſcheinlich zu verſtehen iſt, eine gewiſſe Zeit lang Rom daraus mit Mehl und Brot verſorgt.

9) Nach einem Senatsbeſchluß wird die Latina, welche dreymal geboren hat, Civis Romana[g]).

10) Noch Conſtantin hat einen Fall hinzugefügt: der Latine, welcher einen Jungfrauenraub anzeigt, ſoll zur Belohnung Civis werden[h]).

Endlich kann die Civität einem Latinen oder Peregrinen durch eine perſonelle Verfügung ertheilt werden. Dahin gehören die Verleihungen, durch welche die Civität allmählich über ganz Italien erſtreckt wurde (Band I §. 64), in der dritten Periode hatte der Princeps die Befugniß, das Bürgerrecht, wenn er wollte, zu ertheilen. Bey der Ertheilung an einen Latinus Junianus war das Intereſſe des Patrons gefährdet, wenn nun die Vorſchrift der Lex Junia, die ihm die Güter des Li-

---

f) Vgl. außer den Note c citirten Stellen L. 139 D. de V. S. (50, 16).

g) Ulpian. III. 1: — praeterea ex S. C. vulgo quae sit ter enixa. Die Annahme, das S. C. habe ausdrücklich eine Perſon, die ſich öffentlich Preis giebt, bezeichnet, iſt nicht haltbar. Ebenſowenig, daß es jene Beſtimmung überhaupt auf Unverheirathete beſchränkt habe; auch aus dieſem Grund iſt die Emendation Schilling's: virgo ſtatt vulgo zu verwerfen. Die vaticaniſche Handſchrift rührt nicht von einem ſo ſorgfältigen und genauen Schreiber her, daß die Subſtitution des paſſendſten Wortes: mulier für vulgo als ein Attentat erſcheinen könnte.

h) L. 1 §. 4 C. Th. de raptu virg. (9, 24).

bertus auf den Todesfall ungeſchmälert wie einem Herrn zuſprach, außer Anwendung gekommen wäre. Daher verordnete ein Edict Trajan's, ohne Zuſtimmung des Patrons ſolle der Latinus beneficio principis zwar Civis werden können, aber deſſenungeachtet bey ſeinem Tod, ſoweit es das Intereſſe des Patrons erheiſcht, wie ein Latinus behandelt werden[i]). Es war alſo hier ein bedeutender Unterſchied zwiſchen dieſer und jenen andern Arten der Erwerbung des Jus Quiritium. Hadrian fand es für billig, durch den Senat feſtſetzen zu laſſen, daß ein ſolcher durch den Princeps mit dem Bürgerrecht Begabter nachher noch immer, wie wenn er noch Latine wäre, einen jener andern Wege zur Erwerbung der Civität ohne jene Beſchränkung einſchlagen könne[k]).

Die Imperatoren machten von dem Recht der Verleihung einen ſehr umfaſſenden Gebrauch, den umfaſſendſten Caracalla, der die Civität mit einem Mal allen Einwohnern des römiſchen Reichs gab (Band I §. 95). Dieß war keineswegs eine Aufhebung der Geſetze, wodurch gewiſſen Freigelaſſenen nur die Latinität oder Peregrinität zugeſtanden wurde, ebenſowenig war darin die Verfügung enthalten, daß künftig jeder Ausländer, der ſich im Reich aufhalten oder niederlaſſen würde, als Civis gelten ſollte, auch war dadurch nicht auf das Recht verzichtet, bey einer künftigen Vergrößerung des Reichs die Einwohner der neuen Provinz zu Latinen zu machen. Einen Augenblick waren nach der Conſtitution Caracalla's keine Latinen und Peregrinen mehr im römiſchen Reich, aber das Recht der Latinität und Peregrinität (durch und ohne Freilaſſung) war keineswegs abgeſchafft, und im nächſten Moment konnten in Folge der beſtehenden Geſetze, namentlich durch Freilaſſung eines minor xxx annorum, Manumiſſion inter amicos, oder eines mit einer ſchimpflichen Strafe belegten

i) Gai. III. 72.
k) Gai. III. 73.

Sclaven, Latinen und Peregrinen wiederum entſtehen und ſind auch fortwährend, in nicht geringer Anzahl, entſtanden.

Als unter den chriſtlichen Kaiſern das alte ius civile, auf deſſen Genuß ſich die Unterſcheidung zwiſchen Cives und Nicht-cives ihrer privatrechtlichen Bedeutung nach als auf ihre Grundlage bezog, mehr und mehr zurücktrat und einem aus ſeinen und allgemeineren Principien gemiſchten Recht Platz machte, in welchem die letzteren, die Principien des Jus Gentium, entſchieden die Ueberhand erhielten, mußten jene Unterſchiede des Status Civitatis ſelbſt, ſoweit nicht noch ganz beſondere Folgen damit verbunden waren, in die Vergangenheit entweichen. Solche beſondere Folgen waren bey den Latini Juniani die bedeutenden Rechte des Patrons an der Verlaſſenſchaft des Freigelaſſenen, wodurch jene Eigenſchaft noch immer praktiſch blieb. Nicht daſſelbe kann, ihrer Beſchaffenheit ſelbſt nach, von den beſonderen Beſchränkungen behauptet werden, welchen die Deditícii ex lege aelia sentia unterlagen. Juſtinian ſagt denn auch von dieſer dediticia libertas, indem er die Verfaſſer ſeiner Geſetzbücher anweiſt, keine Rückſicht darauf zu nehmen, ſie habe längſt aufgehört, in wirklicher Uebung zu ſeyn[l]). Zu gleicher Zeit hob er die latina libertas, und damit den letzten Reſt jener alten Unterſchiede auf[m]); indem er alle freien Einwohner des Reichs als Cives zu behandeln gebot, fiel der status civitatis als ein beſonderer Status in Wahrheit weg. Wir finden ſtatt deſſen einen Unterſchied gemacht zwiſchen Einheimiſchen und Ausländern (barbari), aber dieſer kann weder ſeinem Begriff noch ſeiner Wirkung nach auf die alte Civität und ihre Gegenſätze zurückgeführt werden[n]).

---

l) L. un. C. de dedit. lib. toll. (7, 5).

m) L. un. C. de lat. lib. toll. (7, 6).

n) Wenn Valentinian und Valens die Ehe mit Barbaren (ſelbſt mit ſolchen, die in den Bereich des römiſchen Staats verſetzt worden ſind: gentiles) bey ſchwerer Strafe verboten L. un. C. Th. de nupt.

Zum Schluß ſoll noch eine Anſicht über die beiden bisher dargeſtellten Bedingungen der Rechtsfähigkeit (Freiheit und Civität) erwähnt werden, die der Urheber derſelben als die allein wahre und echtrömiſche aufgeſtellt hat [o]). Er führt alles auf den Begriff des Eigenthums an dem menſchlichen Körper zurück, das entweder ein Anderer habe, und das werde denn auch ſo ausgedrückt: der Menſch ſey Sclave, oder er, der Inhaber dieſes Körpers ſelbſt, und das ſey es, wofür man auch den Ausdruck der Freiheit habe. Dieſes Eigenthum an ſeinem Körper habe der Menſch entweder von Geburt, das iſt der Ingenuus, oder es ſey ihm von dem bisherigen Eigenthümer übertragen worden, dann werde er Libertinus genannt. Ferner ſey dieſes Eigenthum entweder quiritariſches, von einem ſolchen Eigenthümer ſeines Körpers ſage man, er ſey Civis, oder bonitariſches, und ſolche bonitariſche Eigenthümer ihrer ſelbſt hätten die Römer Latinen und Peregrinen geheißen. Es iſt ſchwer, in dieſer Theorie etwas anderes als eine neckiſche Myſtification zu erblicken, ſo ernſthaft ſie auch ihr Urheber vorgetragen hat, mag man die Sache vom römiſchen, oder vom allgemein juriſtiſchen, oder vom philoſophiſchen Standpunkt aus betrachten. Abgeſehen von dem anſtößigen Mißgriff der Ableitung der Freiheit vom Eigenthum, war weder die Rechtsanſchauung der Römer ſo dürftig, daß ſie alles wohl oder übel über den Leiſten eines einzigen Begriffs, des Eigenthums, hätten ſchlagen müſſen, noch ſind wir in dieſem Falle. Fragen wir aber, wodurch die Römer die Zumuthung einer

---

gentilium (3, 14), ſo iſt dieß keineswegs mit dem Mangel des Connubiums bey den Peregrinen in Verbindung zu bringen, denn dieſe Ausſchließung des Connubiums war kein Verbot der Ehe. Eben ſo wenig ſteht das Verbot, Wein, Oel, Waffen an die Ausländer zu verkaufen (Cod. IV. 41: quae res exportari non debeant) mit dem Mangel des Commerciums nach Jus civile in Zuſammenhang.

o) v. Vangerow in der §. 217 Note q cit. Schrift, und wiederholt in ſeinem Leitfaden für Pand. Vorleſ. I S. 61.

ſolchen Theorie verſchuldet haben, ſo werden wir auf einen Dichter verwieſen, der einmal einen Freigelaſſenen ſagen läßt: nun bin ich mein eigener Herr[p]).

C. Familia.

CCXIX. Die Rechtsfähigkeit eines Menſchen hängt ab zuerſt von ſeinem Verhältniß zu der Claſſification der Menſchen in Freie und Sclaven, ſodann von ſeiner Stellung im Staat, endlich von ſeiner Stellung in der Familie. Die Familie, von der hier die Rede iſt, iſt nicht die natürliche, ſondern die civilrechtliche, auf juriſtiſchen Grundlagen beruhende (§. 194). Die Stellung aber in derſelben kommt hier auf doppelte Weiſe in Betracht; Einfluß auf die Rechtsfähigkeit kann haben 1) die Mitgliedſchaft in einer Familie überhaupt, 2) der Platz, den man in der Familie einnimmt.

Nach der älteſten Verfaſſung nahm der Bürger den von einem Amt unabhängigen Antheil am Regiment in und mit der Gens, zu der er, und zwar durch die Familie, deren Glied er war, gehörte (Band I §. 39). Durch den Eintritt der Plebejer in den Staat trennte ſich der Begriff des Civis von dem des Mitglieds einer Gens, die Plebejer waren das erſte, ohne das letzte zu ſeyn, aber es verging eine lange Zeit, ehe die Gentilität, die durch die Mitgliedſchaft in einer patriciſchen Familie bedingt war, ihre ſtaatsrechtliche Bedeutung verlor, und damit aufhörte, in dem Bewußtſeyn des Volks als eine Bedingung vollkommener politiſcher Rechtsfähigkeit zu gelten. Sie war dieſes geweſen, und konnte daher auf dieſelbe Linie mit der Civität geſtellt werden; mit der Aufhebung der politi-

---

p) Pers. V. 88: vindicta postquam meus a praetore recessi —. Dieſe und eine gleiche Aeußerung des Dionyſius (II. 27): während ein Sohn zweimal in die Gewalt des Vaters zurückfalle, werde der Sclave durch eine einzige Manumiſſion „Herr ſeiner ſelbſt“, iſt das Fundament, welches das Gebäude jener Theorie trägt.

ſchen Vorrechte der Patricier fiel dieſe Stellung der Familie weg.

Im Privatrecht, wo die Civität Connubium und Commercium mit den Cives gab, verlieh die Gentilität ebenfalls die Möglichkeit gewiſſer rechtlicher Beziehungen zu den Genoſſen, von denen die nicht zu dieſer Gens Gehörenden ausgeſchloſſen waren. Vom Standpunkt der einzelnen Gens aus konnte dieſe Ausſchließung als ein Mangel vollſtändiger Rechtsfähigkeit, die Theilnahme als eine Bedingung derſelben ſich darſtellen, eben ſo gut als die Ausſchließung vom Connubium und Commercium mit den Cives vom Standpunkt der Civität aus. Der Unterſchied aber war der, daß jene Anſchauung eine bloß partikuläre war, vermöge deren die Familie nicht auf eine Linie mit der Civität, nicht als eine Bedingung gemeiner Rechtsfähigkeit aufgeſtellt werden konnte. Vom Standpunkt des gemeinen römiſchen Rechts aus erſcheint vielmehr die Gentilität in dieſer Beziehung nur als eine Eigenſchaft, die zur Begründung gewiſſer Rechte gehört (wie z. B. auch das Bürgerrecht in einem gewiſſen Municipium dieſe Beſchaffenheit hat), nicht als ein Status, der die Rechtsfähigkeit beſtimmt. Ebenſo iſt es mit der Familie, abgeſehen von der Gens, mit dem Agnatenkreis für ſich: die Eigenſchaft, Agnat einer anderen Perſon zu ſeyn, begründet gewiſſe und zwar ſehr wichtige Rechte, auf die ein Nichtagnat keinen Anſpruch hat, deſſenungeachtet kann man die Perſönlichkeit eines Agnaten nicht höher ſtellen als die des Nichtagnaten, ſo wenig als man den Minderjährigen rechtsfähiger denn den Volljährigen nennen kann, weil jenem gewiſſe Rechte gegeben ſind, welche dieſer entbehrt.

Das Reſultat iſt: es gab eine Zeit, wo die Mitgliedſchaft in einer Familie als eine Bedingung der Rechtsfähigkeit neben der Civität aufgeführt werden konnte, ſchon geraume Zeit vor dem Untergang der freien Republik wurde dieß unſtatthaft, und am meiſten für die Privatrechtsfähigkeit. Dagegen hat

die Familie einen ſolchen Einfluß auf die Perſönlichkeit bis auf die neueſte Zeit behalten durch den zweiten Punkt: die Stellung, die jemand innerhalb der Familie einnimmt.

Der Begriff der (civilrechtlichen) Familie (§. 194) beruht auf gewiſſen Gewalten, denen Perſonen unterworfen ſeyn können, nämlich der patria potestas und manus. Eine Familie beſteht aus Perſonen, die gegenwärtig frey von einer ſolchen Gewalt ſind, patres familias, und aus ſolchen, die noch unter dieſer Gewalt ſtehen, unter der patria potestas als filii und filiae familias, oder unter der Manus, als Ehefrauen, die in einem tochterähnlichen Verhältniß zu dem Manne ſich befinden. Dieſe Stellung in der Familie afficirt die Rechtsfähigkeit; inſoweit iſt die Natur jener Gewalten hier darzuſtellen, im übrigen wird davon an einem andern Ort gehandelt werden.

Der Einfluß der patria potestas auf die Rechtsfähigkeit hat ſeine Quelle und Gränze in dem Grundſatz, daß der ihr Unterworfene kein Vermögensrecht haben kann, indem er alles, was er erwirbt, dem Vater erwirbt. Er hat kein Eigenthum, keine Forderung, und wenn er heirathet und Kinder erzeugt, ſo erwirbt er die Gewalt über die Kinder und über die Frau, eben weil ſie dieſen Einfluß auf das Vermögen hat, ſeinem Vater, bis er ſelbſt gewaltfrey und dadurch fähig wird, jene Gewalt über andere zu haben. Weiter als jenes Princip der Vermögensloſigkeit reicht nun aber auch die Beſchränkung der Rechtsfähigkeit durch jene Gewalten nicht. Daher iſt der filiusfamilias der öffentlichen Rechte (ſoweit ſie nicht ebenfalls durch ein Vermögen bedingt ſind) vollkommen fähig, er iſt Civis ſo gut als der Paterfamilias[a]), eben ſo der reinen Familienrechte,

---

a) L. 9 D. de his qui sui (1, 6): filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur. Sofern freilich gewiſſe öffentliche Rechte (z. B. das Stimmrecht in den Centuriatcomitien) ein eignes Vermögen vorausſetzen, ſteht die Unfähigkeit zu dieſem auch jenen Rechten entgegen.

er kann eine Ehe ſchließen, in dem elterlichen und Kindesverhältniß ſtehen, er hat ferner das Commercium, und kann daher bey Mancipationen und Teſtamenten Zeuge ſeyn, auch ſelbſt civilrechtliche Geſchäfte ſchließen, nur nicht ſolche die ein eignes Vermögen vorausſetzen. Aus dieſem Grund kann er kein Teſtament machen [b]), es kann ihm auch nichts in iure cedirt werden, weil dieſer Act den Ausſpruch der Vindicationsworte durch ihn vorausſetzen würde; dieſe kann er nicht ſprechen, weil er nichts ſein nennen kann [c]). Der filiusfamilias iſt endlich fähig, ſich zu verpflichten, wie ein paterfamilias, und es können Klagen gegen ihn angeſtellt werden, Schulden ſetzen kein gegenwärtiges actives Vermögen voraus [d]).

Gläubiger kann ein filiusfamilias nicht ſeyn, und daher auch keine Klage anſtellen, denn Forderungen und Klagen ſind Vermögensrechte [e]). Dieſer Grundſatz erleidet indeſſen eine Modification durch die Natur gewiſſer Klagen [f]). Es giebt Klagen, die zwar dem Kläger einen Vermögenswerth verſchaffen, deren eigentlicher Zweck aber nicht dieſes, ſondern die Ahndung einer unerlaubten Handlung des Beklagten iſt; jene Leiſtung an den Kläger erſcheint nur als Mittel dieſer Ahn-

---

b) Ulpian. XX. 10: Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.

c) Gai. II. 96.

d) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5) L. 39 D. de O. et A. (44, 7). Auf dieſer Möglichkeit, Schulden zu contrahiren, beruht auch das S. C. macedonianum, welches ſie für einen einzigen, allerdings wichtigen, Fall beſchränkt.

e) L. 9 D. de O. et A. (44, 7) L. 13 §. 2 D. quod vi (43, 24) Als Procurator kann er eine Klage anſtellen L. 8 pr. D. de procur. (3, 3): — ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum. In gewiſſen Fällen wird er ſogar ohne Auftrag als Stellvertreter des abweſenden Vaters zugelaſſen L. 8 pr. cit. L. 18 §. 1 D. de iudic. (5, 1).

f) Vgl. zu dem Folgenden Savigny Syſtem II §. 71—74.

dung. Darin liegt zugleich, daß es gleichgültig erſcheinen kann, wer die Leiſtung erhält, wenn ſie nur der zu Strafende verliert[g]). Dieſe Klagen werden daher nicht als Vermehrung des Vermögens des Klagberechtigten aufgefaßt, ſie ſetzen die Vermögensfähigkeit des Klägers nicht voraus, und können alſo auch von einem Filiusfamilias in eignem Namen angeſtellt werden. Am ſichtbarſten tritt jene Eigenſchaft hervor bei den Popularklagen[h]). Sie ſollen das rechtliche Intereſſe der Geſammtheit ſchützen, jeder Bürger kann ſie anſtellen, gleichſam als Procurator des Volks; ſchon darum, weil ſie Jedem zuſtehen, können ſie zum Vermögen keines Einzelnen gerechnet werden, qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior, es iſt dieß auch gar nicht die Abſicht bey dieſen Klagen, wenn ſie auch nebenher die Folge haben, daß der Kläger durch ihren Gebrauch die Strafe gewinnt, in die der Beklagte condemnirt wird. Darum kann auch ein Filiusfamilias ſie anſtellen. Daſſelbe tritt ein bey der actio iniuriarum, die auf eine Geldſumme geht, um den Beklagten zu ſtrafen, die aber darum kein Mann von Ehrgefühl als einen Beſtandtheil ſeines Vermögens zählen wird[i]). Sie iſt daher auch einem Filiusfamilias geſtattet, doch hat man geeignet gefunden, dieſe Möglichkeit auf den Fall zu beſchränken, wenn der Vater die dem Sohn widerfahrene Unbill zu ahnden verhindert iſt oder ſchimpflicher Weiſe unterläßt[k]). Eine ähnliche

---

g) Nicht bey allen Klagen auf Strafe iſt dieß der Fall, ſehr häufig ſoll die Strafe, die eingeklagt werden kann, dazu dienen, dem Kläger einen Erſatz für einen Vermögensnachtheil zu geben, nur daß derſelbe ſich nicht auf den beſtimmt erweislichen Betrag des Schadens beſchränkt.

h) Dig. XLVII. 23: de popularibus actionibus.

i) L. 28 D. de iniur. (47, 10): Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur antequam litem contestemur. Durch die Litisconteſtatio wird die Natur des Anſpruchs verwandelt.

k) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3) L. 17 §. 10 sqq. D. de iniur. (47, 10).

Bewandtniß hat es noch mit einigen anderen Klagen[l]). — Außerdem werden noch drey Klagen erwähnt, die möglicherweiſe von einer der väterlichen Gewalt unterworfenen Perſon in eigenem Namen angeſtellt werden können: die Dotalklage gegen den Ehemann auf Zurückgabe der Dos, die unter gewiſſen Umſtänden der Tochter (ſtatt wie gewöhnlich dem Vater) zuſteht[m]), was in der beſonderen Beſtimmung der Dos ſeinen Grund hat, — ſodann die actio depositi und commodati[n]), was ſich folgendermaßen erklärt. Ein Filiusfamilias kann eine Sache (zwar nicht juriſtiſch, aber natürlich) beſitzen, und deshalb mit einer dinglichen Klage belangt werden[o]), wenn er nun dieſen Beſitz durch Depoſitum oder Commodatum einem Andern anvertraut hat, ſo ſchien es billig, ihm jene Klagen zur Wiedererlangung der Sache zu verſchaffen, bey der er, um den an ihn gemachten Anſprüchen zu genügen, vielleicht allein, ſein Vater nicht intereſſirt iſt. — In allen dieſen Fällen, wo dem Filiusfamilias eine Klage zugeſtanden wird, lag in dem älteren Proceß noch eine Schwierigkeit, wenn die Klage eine formula in ius concepta hatte. Hier ſchloß ihn der Umſtand aus, daß dem Kläger in der Intentio ein Forderungsrecht zugeſchrieben wurde (§. 165), was bey einem Filiusfamilias unmöglich war. Dieſe Schwierigkeit wurde dadurch beſeitigt, daß der Prätor eine formula in factum gab, in der eine ſolche Intentio nicht vorkam[p]). Wo der Prätor den Fall zu eigner Entſcheidung ohne Judex, alſo zu einer extraordinaria cognitio geeignet fand[q]), entſtand dieſe Schwierigkeit gar nicht,

---

l) L. 12 D. de in ius voc. (2, 4) L. 22 pr. §. 1 D. de inoff. test. (5, 2) L. 13 §. 1 D. quod vi (43, 24).

m) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3).

n) L. 9 D. de O. et A. (44, 7) L. 19 D. depos. (16, 3).

o) L. 36 §. 1 D. de H. P. (5, 3).

p) L. 13 D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.

q) L. 17 D. de reb. cred. (12, 1).

weil hier überhaupt keine Formel gegeben wurde. Dieſer formloſere Weg, welcher der Klage mehr den Charakter einer Beſchwerde gab, wurde namentlich bey Anſprüchen der Kinder gegen die Gewalthaber, ſoweit das Recht ſolche anerkennt, eingeſchlagen[r]), da hier ein eigentlicher und förmlicher Proceß nicht möglich iſt[s]).

Der Grundſatz, aus dem ſich die ganze Beſchränkung der Filiifamilias ableitet, iſt ihre Unfähigkeit eignes Vermögen zu haben. Dieſes Princip iſt unter den Imperatoren modificirt worden, es wurden gewiſſe Erwerbungen ausgenommen, und dieſe Ausnahmen ſind immer bedeutender geworden. Die nähere Darſtellung derſelben gehört in die Lehre von der väterlichen Gewalt. Soweit dadurch dem Sohn das Eigenthum gewiſſer Güter unbeſchränkt zuerkannt wird (bey den bona castrensia und quasi castrensia), hört in dieſer Beziehung ſeine Beſchränkung durch die väterliche Gewalt gänzlich auf. Aber in den meiſten Fällen, wo ihm jenes ſpätere Recht Eigenthum zuerkennt, geſchieht es nur ſo, daß dem Vater noch ſehr bedeutende Rechte an dieſen Gütern eingeräumt werden, Rechte, die jenes Eigenthum für jetzt zu einem mehr nominellen machen; hier iſt die Stellung des Filiusfamilias in vermögensrechtlicher Hinſicht nicht weſentlich verändert. Unfähigkeit, ein Vermögen zu haben (das Princip des alten Rechts), und Unfähigkeit, über das Vermögen, das man hat, irgendwie zu diſponiren (die Regel des neuen Rechts), führen ſo ziemlich auf dieſelben Beſchränkungen der Perſönlichkeit.

Frauensperſonen können nicht bloß in patria potestate ſtehen, und ſomit den bisher dargeſtellten Beſchränkungen unterliegen, ſondern auch in manu. Auch für die der Manus

---

r) L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2) L. 32 pr. D. de adopt. (1, 7) L. 5 D. de agnosc. et alendis liberis (25, 3).

s) L. 4. 11 D. de iudic. (5, 1).

Unterworfenen gilt der Grundſatz der Vermögensloſigkeit mit ſeinen Folgen[t]).

Die Familie, von der bisher die Rede war, iſt die agnatiſche, welche auf patria potestas und manus beruht. Nun kann man aber auch auf die Familie im weitern Sinn zurückgehen, deren Glieder außer jenen auch die in der dominica potestas und im Mancipium Befindlichen ſind (§. 194). Alle dieſe Gewalten: potestas (über Freie und Sclaven), manus, mancipium werden in dem Wort ius zuſammengefaßt. In Hinſicht auf dieſe Familie ſind die Menſchen entweder homines sui iuris oder alieno iuri subiecti[u]). Aber der Sclave iſt nicht durch die Poteſtas in der er ſteht, alſo durch ſeine Stellung in der Familie, in ſeiner Rechtsfähigkeit beeinträchtigt, ſondern dadurch daß er Sclave iſt, eine davon unabhängige Eigenſchaft; folglich gehört die dominica potestas nicht in dieſen Zuſammenhang. Von dem Mancipirten dagegen ließe ſich wohl ſagen, daß er nur durch das Mancipium, in dem er ſich befindet, in ſeiner Rechtsfähigkeit (und zwar auf ähnliche Weiſe, wie die in potestate und in manu Stehenden) beſchränkt iſt. Da aber ſeine Stellung der eines Sclaven ſich nähert, ſo war ſie ebenſowohl an die Eintheilung der Menſchen in Freie und Unfreie anzuknüpfen, wie dieß oben geſchehen iſt.

Capitis Deminutio.

CCXX. Wie ein Status erworben werden kann, das iſt für die Libertas und Civitas bey dieſen Status ſelbſt dargeſtellt worden. Bey der Familia beſteht die Erwerbung des Status nach der doppelten Auffaſſung deſſelben theils in dem Eintritt in eine Familia und Gens, in der man bisher nicht war, theils (was im neueren Recht allein noch den Charakter einer Vermehrung der Rechtsfähigkeit hat) in dem Uebergang

---

t) Gai. II. 90. 98. *u*) Gai. I. 48. 49.

aus der Stellung der personae alieno iuri subiectae zu der eines homo sui iuris, durch Endigung der potestas oder manus oder des mancipium. Davon wird in der Lehre von dieſen Gewalten gehandelt werden.

Umgekehrt kann nun ein Status, dem man bisher angehörte, verloren werden. Dieß heißt status mutatio (oder prioris status permutatio)[a]), denn jede Veränderung iſt ein Verluſt; die Erwerbung eines Status kann nicht als eine Veränderung oder Vertauſchung aufgefaßt werden, da der Eintritt in einen höheren nicht den Austritt aus dem geringeren, der eine Bedingung jenes iſt, in ſich ſchließt: wer Civis wird, verliert nicht den Status der Freiheit, wer in eine Gens trat, kam nicht aus der Reihe der Cives heraus. Die Römer haben für die Perſon, ſofern ſie in einer Geſammtheit Gleichgeſtellter mitzählt, den Ausdruck caput (z. B. capita civium); wie wir nun das Wort Perſon zugleich in dem Sinne gebrauchen können, daß wir damit die Eigenſchaft, Perſon zu ſeyn, die Perſönlichkeit bezeichnen, ſo heißt auch caput die Perſönlichkeit in Beziehung auf jene drey Bedingungen: libertas, civitas, familia, die zugleich Geſammtheiten von Rechtsgenoſſen ausdrücken. Daher wird die status mutatio auch capitis deminutio genannt, ja dieß iſt der eigentliche und techniſche Ausdruck, der durch jenen erſten nur erklärt und umſchrieben wird[b]). Capitis deminutio iſt daher der Verluſt der

a) L. 2 D. de in int. rest. (4, 1) L. 9 §. 4 D. de minor. (4, 4) L. 1 D. de capite minutis (4, 5) Paul. I. 7, 2. III. 6, 29. S. auch Gai. I. 159.

b) Niebuhr (Röm. Geſch. I Anm. 1280 3r Ausg. u. II S. 460 2r Ausg.) führt den Begriff auf das caput (Rubrik) eines jeden Bürgers in den Cenſusliſten zurück; dieſe Anſicht wird von Savigny in ſeiner lehrreichen Darſtellung der Lehre von status und capitis deminutio (Syſtem II Beil. VI S. 484 ff.) näher ausgeführt. Hiernach müßten die Römer jedem, der nicht in den Bürgerliſten eingetragen war, das caput ganz abgeſprochen haben, und da die ſpäteren römiſchen Juriſten

Stellung in einem jener drey Kreiſe, denen die Perſon angehört, oder, wie ſich der Begriff ebenfalls geben läßt, das Entgehen einer jener drey Bedingungen vollkommener Perſönlichkeit. Es giebt daher drey Arten der Capitis Deminutio [c]).

In dieſem Begriff liegt, daß jede Capitis Deminutio eine Veränderung der Rechtsfähigkeit und zwar eine mit einem Verluſt verbundene enthält; aber nicht jede ſolche Minderung kann mit jenem Namen bezeichnet werden, ſondern eben nur ein Verluſt in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit, welche durch das Wort caput bezeichnet wird [d]). Nun iſt es eigen, daß dieſes Moment von den römiſchen Juriſten, wo ſie von der Capitis Deminutio überhaupt und für alle Fälle derſelben ſprechen, nicht beſonders hervorgehoben wird, abgeſehen von der Beſchreibung derſelben als einer prioris status permutatio, worin

---

dieſes nur in Beziehung auf den Sclaven thun, ſo müßte man annehmen, der Begriff hätte ſich erſt im Verlauf der Zeit, indem das Bewußtſeyn ſeines urſprünglichen Gehalts verloren gieng, generaliſirt. Aber es iſt eben ſo gut möglich, daß jener Sprachgebrauch beim Cenſus die juriſtiſche Bedeutung von caput zur Quelle hatte, als umgekehrt, und ich kann nicht umhin, dieß ſogar für das Wahrſcheinlichere zu halten.

c) Paul. L. 11 D. de cap. min. (4, 5): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam; igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem, cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. Gai. I. 159—163. Ulpian. XI. 10—13. Inst. I. 16: de capitis deminutione.

d) §. 5 I. de cap. dem. (1, 16): Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo senatu motum capite non minui constet. L. 6 C. ex qu. caus. infam. (2, 12). So wird in L. 20 D. de statu hom. (1, 5) status und dignitas unterſchieden, und in L. 2 pr. D. de poen. (48, 19) der Begriff der Capitalſtrafen auf Tod, Sclaverey und Verluſt der Civität beſchränkt. S. auch L. 103 D. de V. S. (50, 16).

jenes allerdings liegt (ſ. oben). Dieß hat ſeinen Grund darin, daß ein Fall der Capitis Deminutio, der auf die Familia bezügliche, jenen Charakter damals verloren hatte (ſ. §. 219 und unten bey der cap. dem. minima); in Beziehung auf Libertas und Civitas hat ſie ihren urſprünglichen Charakter behalten, an dieſe beiden Fälle (c. d. maxima und media) müſſen wir uns daher halten, um den wahren Begriff nicht zu verfehlen[e]).

Es ſind nun die einzelnen Arten der Capitis Deminutio darzuſtellen:

1) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Freiheit. Sie beſteht in dem Verluſt der Freiheit, da aber dieſer Status zu-

---

e) Die Begriffe von Status und Capitis Deminutio ſind von den Neueren eben dadurch getrübt worden, daß ſie von der Vorausſetzung ausgiengen, der Familienſtatus, wie er im neueren römiſchen Recht erſcheint, müſſe in jene Begriffe vollkommen ſich einpaſſen laſſen; ſtatt von den regelrechten Fällen, haben ſie von dem anomalen aus den Begriff conſtruiren wollen. — Der neuſte Verſuch iſt von Savigny a. a. O. (Note b) gemacht worden, vgl. dazu meine Recenſion in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 687—697. Nach ihm iſt c. d. jede Verminderung der Rechtsfähigkeit, ſie heißt status mutatio, weil jede ſolche Verminderung eine Veränderung im Status involvirt; status mutatio iſt ihm alſo irgend eine Veränderung im Status (nicht, wie die Römer in Wahrheit es auffaſſen: Vertauſchung und damit Verluſt eines Status, ſ. oben), wozu denn hier eine Veränderung in deterius zu ſubintelligiren ſey. Und status iſt ihm überhaupt die Stellung, welche der Menſch in Beziehung auf libertas oder civitas oder familia einnimmt. Die Status in der erſten Hinſicht ſind: Stellung eines ingenuus, eines libertinus, eines servus; in der zweiten: Stellung eines civis, latinus, peregrinus; in der Familia: Stellung in irgend einem Familienverhältniß, ſo daß es ſo viele Familienſtatus giebt als Familienrechtsverhältniſſe. Auf die c. d. ferner beziehen ſich bloß die Status, welche die Rechtsfähigkeit afficiren (jede c. d. enthält eine status mutatio, aber nicht jede status mutatio iſt eine c. d.), unter den Familienſtatus alſo nur die Stellung als paterfamilias, die Unterwerfung unter patria potestas oder manus, und der Zuſtand des in mancipio ſich Befindenden. Wie ſich nach dieſer Anſicht die einzelnen Fälle der c. d. geſtalten, ſoll bei dieſen angegeben werden, ſ. Note f, ff, tt.

gleich die Bedingung aller anderen iſt, ſo gehen damit auch dieſe verloren, ſie heißt daher capitis deminutio maxima (Note c)[f]). Sclave aber kann ein Freier werden und ſomit dieſe C. D. erleiden:

a) durch feindliche Gefangenſchaft (§. 211 a. A.). Nun giebt es aber ein Recht, welches den aus der Gefangenſchaft Befreiten in ſeine frühere rechtliche Stellung wieder einſetzt, das ius postliminii; durch deſſen Eintritt kann alſo jenem Ereigniß die Wirkung einer capitis deminutio genommen werden, indem der Befreite vermöge deſſelben ſo beurtheilt wird, wie wenn er nie in die Sclaverey gerathen wäre[g]). Die erſte Vorausſetzung des Poſtliminium iſt die Rückkehr (§. 213 a. A.) oder der Tod in der Gefangenſchaft, in welchem Fall der Bürger in dem Augenblick der Gefangennehmung (alſo ohne Capitis Deminutio) geſtorben erachtet wird[h]). Nun hat das Poſtliminium eine doppelte Richtung, theils eine paſſive, indem es den Zurückgekehrten in das Recht eines Andern zurück-

---

f) Nach Savigny's Anſicht würde es noch einen zweiten Fall der c. d. maxima geben: Degradation eines ingenuus in die Libertinität (Savigny Syſtem II §. 68 Note e), was in einem Fall geſchehen kann, ſ. oben §. 211 Note h. Daß von den römiſchen Juriſten ſtets nur der Verluſt der Freiheit erwähnt wird, erklärt er aus der Singularität jenes Falls. Aber iſt es wohl wahrſcheinlich, daß die Römer bey dem Ausdruck c. d. *maxima* an einen Umſtand hätten denken können, der weder die Freiheit noch die Civität berührte?

g) L. 19 D. de captiv. et postliminio (49, 15) Gai. I. 129. Ulpian. X. 4. §. 5 I. quib. mod. ius pot. solv. (1, 12). Der Zurückgekehrte pristinum ius suum recipit, aber es erſtreckt ſeine Wirkung nicht auf die Ehe L. 8. 14 §. 1 D. de captiv.

h) L. 18 D. eod.: In omnibus partibus iuris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est. Eine Lex Cornelia hat dieſe Fiction (fictio legis corneliae) zuerſt für die Erbſchaften ſolcher Bürger feſtgeſetzt, und ſie dadurch dem Einfluß, den die C. D. des Erblaſſers auf ſie haben würde, entzogen. Ulpian. XXIII. 5. Paul. III. 4 a, 8. L. 12 D. qui testam. (28, 1 L. 22 D. de captiv. (49, 15).

giebt (wie den gefangenen Sohn in die Gewalt des Vaters, den gefangenen Sclaven in die Herrſchaft des früheren Herrn, überhaupt gehört dahin die Rückkehr von Sachen iure postliminii vgl. §. 241), theils eine active, indem es dem Zurückgekehrten ſeine früheren Rechte wieder verleiht[i]). In ſeiner paſſiven Function hat es kein anderes Erforderniß als die Rückkehr[k]). In der activen dagegen ſetzt es ferner voraus, daß die Rückkehr in der Abſicht geſchehe, die vorige Stellung wieder einzunehmen[l]), und daß der Staat nicht ſelbſt den Bürger aufgegeben habe, wie dieß bei der Dedition an die Feinde (zur Sühnung eines Vergehens), und wenn beim Friedensſchluß auf die Rückgabe der Gefangenen verzichtet wird, der Fall iſt[m]). Ebenſo geſchieht die Rückkehr gegen den Willen des Staats, wenn ſie während eines Waffenſtillſtands erfolgt, da während dieſer Zeit unter den Kriegführenden der Status quo erhalten werden ſoll; ſie hat daher das Poſtliminium nicht zur Folge[n]). Ausgeſchloſſen von dieſem Recht ſind über-

---

i) L. 14 pr. D. eod.

k) Vgl. L. 30 D. eod. Der Ueberläufer hat das Poſtliminium nicht (Note o), ein servus transfuga aber hat es d. h. er kehrt in das Eigenthum ſeines vorigen Herrn zurück L. 19 §. 5 D. eod. Anders bey dem Filiusfamilias, bey dem ſich das paſſive und active Poſtliminium untrennbar verbindet; dieſer hat als Ueberläufer kein Poſtliminium, die Rückſicht, daß dem ſchuldloſen Vater dadurch ein Recht entgeht, hat dieß nicht abzuändern vermocht: pater sic illum amisit quemadmodum patria — und disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quam caritas liberorum L. 19 §. 7 D. eod.

l) L. 5 §. 3 L. 12 §. 9 L. 26 D. eod.

m) Wegen des zweiten Falls ſ. L. 12 pr. D. eod., wegen des erſten L. 4 D. eod. und die deutlichere L. 17 D. de legation. (50, 7). Die causa Mancini, deren hier gedacht wird, kommt oft bey Cicero vor (de orat. I. 40. 56. II. 32, top. 8, pro Caec. 34, off. III. 30), es fragte ſich dabey, ob nicht die Dedition jene Wirkung habe, auch wenn das fremde Volk ſie nicht angenommen, da ja doch in jedem Fall darin eine Ausſtoßung des Bürgers enthalten ſey.

n) L. 19 §. 1 D. de captiv. (49, 15).

dieß die Ueberläufer[o]), und die ſich im Gefecht den Feinden ergeben haben[p]).

b) durch Verkauf von Seiten einer dazu berechtigten Perſon. Vom Staat geſchah dieß bey dem Bürger, der um den öffentlichen Leiſtungen zu entgehen, ſich nicht cenſiren ließ (incensus), und der dem Kriegsdienſt ſich entzog[q]), von dem Gläubiger bey dem inſolventen Schuldner (§. 179). In dieſen Fällen des älteren Rechts, die zur Zeit der claſſiſchen Juriſten ſchon abgekommen waren, mußte der Verkauf in die Fremde geſchehen (die zwölf Tafeln brauchen dafür das Wort trans tiberim), die Gewalt, die ein fremdes Volk über den Römer erhielt, machte ihn erſt zum Sclaven. — Seit Auguſt machte ſich das Bedürfniß fühlbar, die Patrone gegen das undankbare Verhalten ihrer Freigelaſſenen in Schutz zu nehmen. Der Prätor gab dem Patron in gewiſſen Fällen eine Pönalklage gegen den Libertus[r]), die Lex Aelia Sentia eine peinliche Anklage[s]); Claudius ſprach gegen undankbare Freigelaſſene die revocatio in servitutem aus[t]), ein allgemeiner Rechtsſatz war dieß nicht, unter Nero wurde beim Senat darauf angetragen, ohne Erfolg[u]); Commodus verordnete die Revocation bey grober und beharrlicher Pflichtverletzung: die Obrigkeit ſoll den Libertus verkaufen und den Preis an den Patron abgeben[v]). Späterhin umgieng man den Verkauf, und gab ohne weiteres den

o) L. 19 §. 4—8 D. eod. p) L. 17 D. eod.

q) Cic. pro Caec. 34. L. 4 §. 10 D. de re mil. (49, 16).

r) Gai. IV. 46. 183.

s) L. 30 D. qui et a quib. man. (40, 9) L. 70 pr. D. de V. S. (50, 16). Doſitheus (Hadriani sent. et epist. §. 3) erwähnt die Lautumien als Strafe gegen undankbare Freigelaſſene nach der Lex Aelia Sentia, Tacitus (annal. XIII. 26) die relegatio ultra vicesimum lapidem, die wohl ebenfalls auf die accusatio ex l. aelia sentia zu beziehen iſt.

t) Sueton. Claud. 25. L. 5 pr. D. de iure patron. (37, 14).

u) Tacitus a. a. O. (Note s).

v) L. 6 §. 1 D. de agnosc. lib. (25, 3).

ſchuldigen Libertus in die Herrſchaft des Patrons zurück[w]). — Endlich kann die Sclaverey noch in einem beſonderen Fall die Folge des Verkaufs eines Freien ſeyn. Der Prätor nämlich hat einem nicht ſeltenen Betrug, der durch Veräußerung freier Menſchen mit Zuſtimmung derſelben verübt wurde, entgegen zu wirken verſucht. Läßt ſich ein Freier, der wenigſtens zwanzig Jahre alt iſt, betrüglich als Sclave verkaufen oder ſonſt veräußern, in der Abſicht den Preis oder andern dadurch erlangten Vortheil mit dem Veräußerer zu theilen, ſo denegirt ihm der Prätor die proclamatio in libertatem, und macht ihn dadurch zum Sclaven[x]). Dieſer Rechtsſatz beſtand ſchon zur Zeit des Q. Mucius Scävola[y]), ja damals wohl noch ausgedehnter, nachher wurde er durch Senatsbeſchlüſſe beſtätigt[z]), wahrſcheinlich mit jener Beſchränkung auf das Alter über zwanzig Jahren und der Theilung des Preiſes. Wo dieſe letzten Erforderniſſe fehlten, gab dann der Prätor dem Käufer eine Pönalklage auf das Doppelte des Preiſes gegen den, der ſich wiſſentlich hatte veräußern laſſen[aa]).

c) durch das S. C. claudianum (§. 211).

d) durch Verurtheilung zum Tod oder in metallum oder in opus metalli[bb]). Die Verurtheilten werden servi poenae, ſie ſind nicht etwa Sclaven des Staats, ſondern Sclaven ohne Herrn, daher kann durch ſie nichts erworben werden[cc]). Dieſe servitus poenae iſt erſt unter den Principes eingeführt wor-

---

w) L. 1 C. Th. de libert. (4, 10) L. 2 C. I. eod. (6, 7).

x) Dig. XL. 13: quibus ad libertatem proclamare non licet. L. 7. 23 pr. §. 1 D. de lib. causa (40, 12).

y) L. 23 pr. cit. *z*) L. 3 D. quibus ad libert. (40, 13).

aa) L. 14—22 D. de lib. causa (40, 12).

bb) L. 8 §. 4 D. qui testam. (28, 1) L. 8 §. 4 sqq. D. de poenis (48, 19) L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13).

cc) L. 25 §. 2. 3 D. de adquir. her. (29, 2) L. 17 pr. D. de poenis (48, 19).

den[dd]), und Juſtinian hat ſie 536 bey der Verurtheilung in die Bergwerke zu Gunſten der Ehe, die außerdem durch ſie getrennt werden würde, wieder aufgehoben[ee]).

2) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Civität. Sie beſteht in dem Verluſt der Civität, während die Freiheit bleibt, der Familienſtatus aber geht ebenfalls verloren, da die Civität ſeine Vorausſetzung iſt. Dieſe c. d. heißt minor in Beziehung auf die maxima, media in Beziehung auf dieſe und auf die dritte (Note c)[ff]). Ein Civis kann aufhören es zu ſeyn, und damit dieſe C. D. erleiden:

a) durch Annahme eines andern Bürgerrechts, welches ſich mit dem römiſchen nicht verträgt, alſo in einer peregriniſchen Stadt oder latiniſchen Colonie. Dieß geſchieht, indem er ausdrücklich in eine ſolche Stadt ſich aufnehmen läßt, aber auch vermöge des Poſtliminiums, wenn ein bey den Römern durch Freilaſſung Civis Gewordener in ſeine Heimath mit dem Willen, in ſeine frühere Stelle einzutreten, zurückkehrt[gg]).

---

dd) Cic. de invent. II. 50. Rhet. ad Herenn. I. 13.

ee) Nov. 22 c. 8.

ff) Nur der Verluſt der Civität kommt in unſeren Quellen als c. d. in Beziehung auf den zweiten Status vor (Note c). Nach Savigny's Anſicht (Note e) wäre auch die Verwandlung des Latinus in einen Peregrinus eine c. d. media; dieſe Anwendung des Ausdrucks iſt ſchon an ſich kaum glaublich. Dagegen konnte zu einer Zeit, wo die ſtaatsrechtliche Stellung des Civis neben der privatrechtlichen noch von großer Wichtigkeit war, und in den Cives mit dem ius suffragii et honorum und denen ohne daſſelbe eine doppelte Civität deutlich ins Bewußtſeyn trat, der Verluſt jener ſtaatsrechtlichen Civität, alſo die Infamia (§. 216) als eine capitis deminutio erſcheinen, Savigny Syſtem II §. 81, indeſſen ſagt Cicero (pro Roscio com. 6) von den iudicia famosa, ungeachtet es ihm gar nicht darum zu thun iſt, den Ausdruck ihrer Wirkung zu ſchwächen, doch nur, ſie ſeien summae existimationis *et paene dicam* capitis.

gg) Cic. pro Balbo 11. 12. pro Caec. 33. 34. de orat. I. 40. Boeth. in top. cap. 4 (Orell. p. 302).

b) durch Verurtheilung zu dem Verluſt der Civität. Dieß geſchah durch den Ausſpruch, daß dem bisherigen Civis Waſſer und Feuer verſagt ſeyn ſolle: aquae et ignis interdictio, urſprünglich eine Beſtätigung des freiwilligen Exils, wodurch der Angeklagte dem Criminalverfahren ſich entzog, nachher auch unabhängig davon als Strafe gebraucht. Unter den Principes wurde es üblicher, dieſer Strafe die Geſtalt einer deportatio in insulam zu geben, die daher eine gleiche Wirkung auf die Civität hat[hh].

3) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Familie. Sie beſteht in einer mutatio familiae (Note c), in einer Vertauſchung der Familie im civilrechtlichen Sinn, ſey der Eintrit in einen andern beſtehenden Agnatenkreis oder der Anfang einer ganz neuen Familie damit verbunden[ii]. Wegen dieſes poſitiven Elements ſetzt die mutatio familiae die Beibehaltung der Freiheit und Civität voraus; ſie hat daher unter allen Capitis Deminutionen den geringſten Umfang, und heißt darum c. d. minima. Sie wird wohl auch minor genannt, inſofern die beiden anderen unter dem Namen magna, oder maiores deminutiones zuſammengefaßt werden[kk]. Ulpian bezeichnet ſie als capitis minutio salvo statu contingens[ll], weil dadurch kein Status ſchlechthin verloren geht, der ſie Erleidende hat noch die Freiheit, die römiſche Civität, und auch noch eine Familia, nur nicht mehr die, welcher er bisher angehörte. Aber es kann auch dieß in jene Aeußerung gelegt werden, daß

---

hh) Liv. XXV. 4. XXVI. 3. Cic. pro Caec. 33. 34. Gai. I. 161. L. 8 §. 1. 2 D. qui test. (28, 1) L. 2 §. 1 D. de poenis (48, 19) L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13).

ii) So nennt Cicero pro Balbo 11 den Uebertritt in eine andere Civität mutatio civitatis.

kk) L. 1 §. 4 D. de suis et legit. (38, 16) vgl. L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13). Gai. I. 163.

ll) L. 1 §. 8 D. ad S. C. tertull. (38, 17).

die mutatio familiae an ſich nicht mehr als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit aufzufaſſen iſt (§. 219), dieſes Element liegt ſo wenig in dem neueren Charakter der c. d. minima, daß ſie in gewiſſen Fällen ſogar als eine Befreiung der Perſon von Beſchränkungen erſcheint[mm]).

C. d. minima erleidet, wer die Familie, den Agnatenkreis dem er bisher angehörte, verändert und vertauſcht. Die Fälle dieſer Veränderung ſind daher zugleich die Fälle der Capitis Deminutio, und ſie ſind es nur darum, weil jenes ihre Wirkung iſt, nicht weil ſie eine Veränderung der Rechtsfähigkeit nach ſich ziehen, was bei mehreren Fällen allerdings nebenbey, in andern aber auch nicht eintritt. Im älteſten Recht freilich galt ſchon die Veränderung der Familie als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit, und damit war jede Capitis Deminutio eine ſolche; dieß iſt anders in dem neueren, wo nur die beiden größeren Deminutionen dieſen Charakter behalten haben. Die Fälle ſind folgende:

a) Mancipation (natürlich abgeſehen von der Mancipation eines Sclaven)[nn]). Die Mancipation ſetzt voraus, daß der Mancipirte bisher in dem Jus eines Andern ſich befand, in welchem das Recht zu mancipiren liegt. Hier iſt die Rede von

---

mm) Eine Frau z. B. macht ſich durch c. d. fähig zu teſtiren Cic. top. 4. — In der Definition, die Ulpian in den Fragm. XI. 13 giebt: minima c. d. est per quam et civitate et libertate salva status duntaxat hominis mutatur, bezieht ſich das duntaxat auf hominis, homo aber heißt hier die Privatperſon im Gegenſatz des Bürgers; es iſt die c. d., welche nicht die Stellung als civis, wie die maxima und media, afficirt.

nn) L. 3 §. 1 D. de cap. min. (4, 5): Emancipato filio et ceteris personis (Paulus hatte wahrſcheinlich geſchrieben: filio vel uxori quae in manum convenerat) capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque quum servus manumittitur; quia servile caput nullum ius habet, ideo nec minui potest.

dem, welcher in potestate oder in manu iſt, der in mancipio Befindliche erleidet durch eine weitere Mancipation keine capitis deminutio. Aber auch bei jenem tritt die volle Bedeutung der c. d. minima, die familiae mutatio erſt hervor, wenn er wieder aus dem Mancipium manumittirt wird, durch die Mancipation allein hat er zwar ſchon ſeine Familie verloren, aber erſt durch die Manumiſſion erhält er eine neue, die er ſelbſt bildet, erſt dadurch alſo iſt die permutatio prioris status vollbracht[oo]). Daher iſt die Befreiung von der väterlichen Gewalt durch Emancipation eine C. D., der Austritt aus der Familie ſollte in dem Durchgang durch eine fremde Gewalt ſichtbar dargeſtellt und conſtatirt werden.

b) Eigentliche Adoption, Uebergang aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Auch hier wurde der Austritt aus der bisherigen Familie durch eine Mancipation veranſchaulicht, die einen Theil der Handlung ausmacht; ſo ſchließt ſich dieſer Fall am nächſten an den vorigen an.

c) Arrogation, Unterwerfung eines Paterfamilias unter die väterliche Gewalt[pp]). Hier ließ ſich die Mancipation als Theil der Handlung nicht denken, da niemand die Gewalt dazu hatte, ſie wurde aber erſetzt durch das Gebot des Volks (oder ſeines Vertreters, des Princeps), vor welchem die Arrogation geſchah.

d) Unterwerfung einer Frau unter die Manus[qq]). Ge-

---

oo) Dadurch erklärt ſich, daß Gaius (I. 162) bey der Angabe dieſes Falls, als eines der c. d. minima, die Erwähnung der Manumiſſion hinzufügt: — et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur, adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur *ac manumittatur,* totiens capite diminuatur. Das letzte bezieht ſich auf den Sohn der zweimal mancipirt und manumittirt in die väterliche Gewalt zurückfällt, und bey dem man wegen dieſes Rückfalls hätte zweifeln können, ob in jenen zwey erſten Mancipationen eine C. D. liege.

pp) L. 2 §. 2 D. de cap. min. (4, 5).

qq) Ulpian. XI. 13. Gai. I. 162.

ſchieht es durch Coemtion, ſo iſt dieß ein der Mancipation ähnlicher Act, obwol freilich dem Gehalt nach ſehr verſchieden, daher die Frau aus der Manus nicht unmittelbar manumittirt werden kann, ſondern erſt mittelſt des Umwegs der Mancipation[rr]). Bei der Confarreatio iſt der Act dem der Arrogation inſofern analog, als er publica auctoritate, nämlich apud pontifices geſchieht. Am weiteſten entfernt ſich von den bisherigen Fällen der C. D. die conventio in manum durch Uſus, wo die C. D. gar nicht durch einen ſolennen Act bezeichnet wird. Daran ſchließt ſich

e) die C. D., welche die Kinder eines Arrogirten erleiden, die mit ihrem Vater in die väterliche Gewalt und damit in die Familie des Arrogator übergehen[ss]). Auch hier geſchieht die C. D. ſtillſchweigend, die mutatio familiae tritt ein und damit die C. D., aber ohne daß ein Act mit den Kindern ſelbſt vorgenommen wird.

f) Causae probatio nach älterem, Legitimation nach neuerem Recht zieht den Kindern, die dadurch der väterlichen Gewalt unterworfen werden, eine C. D. zu, wie die Arrogation, mit der ſie in der Wirkung gleich ſtehen. Auch hier iſt es kein ſolenner Act, deſſen Vornahme mit dem capite minutus jenen Erfolg äußerlich darſtellte[tt]).

---

rr) Dieß iſt der Inhalt der Lücke in Gai. I. 123.

ss) Paul. L. 3 pr. D. de cap. min. (4, 5): liberos qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint et quum familiam mutaverint.

tt) Es ſoll nun noch angegeben werden, wie die c. d. minima nach Savigny's Anſicht ſich ſtellt (ſ. Note e). Nach ihm iſt ſie nicht mutatio familiae (wie ſie von Paulus, Note c, und im Grunde auch, nur weniger deutlich, in den übrigen allgemeinen Stellen dargeſtellt wird), ſondern eine Degradation der Rechtsfähigkeit durch Unterwerfung eines homo sui iuris unter patria potestas oder manus, oder eines in potestate oder manu unter das Mancipium. Um dieß zu beweiſen, kann er ſich nicht an die Erklärungen der c. d. minima bey den römiſchen

Die rechtlichen Folgen der capitis deminutio mini-

Juriſten, er muß ſich lediglich an die einzelnen Beiſpiele halten. Dieſe ſind nun aber, wie ich glaube, ſeiner Anſicht nicht günſtig. Die Kinder des Arrogatus (Num. e) können nach dieſer keine c. d. erleiden, denn ſie verändern ihre Rechtsfähigkeit nicht, ſie gehen nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere über; hier ſoll ſich nun Paulus (Note ss) geirrt haben, aber zu dieſer Annahme exiſtirt kein Grund als eben nur die Anſicht, die durch ihre Uebereinſtimmung mit den beglaubigten Fällen geprüft werden ſoll. Ferner eine Frau, die aus der väterlichen Gewalt heraus in manum mariti kommt, erleidet nach Savigny keine cap. dem., denn ihr perſönlicher Zuſtand wird nicht verſchlechtert, in den Quellen dagegen wird die in manum conventio überhaupt als eine c. d. angeführt, ohne die leiſeſte Andeutung, daß dieß gerade in dem gewöhnlichen Fall (denn dieß iſt der, daß eine Frau aus der väterlichen Gewalt heraus heirathet) ganz anders ſey. So dürften endlich auch die Entlaſſung der Filiusfamilias aus der Gewalt und die datio in adoptionem nach Savigny eigentlich keine c. d. ſeyn, denn ſie ſind auf keine Degradation gerichtet; freilich kommt eine Mancipation dabey vor, und giebt Savigny äußerlich das Recht, ſie als Deminutionen anzuerkennen, aber dieſe Mancipation muß nach ſeiner Anſicht als eine ganz unvernünftige, dem Zweck widerſprechende Zuthat erſcheinen. — Einen Gegengrund gegen die Auffaſſung der c. d. minima als familiae mutatio durch die ſpäteren römiſchen Juriſten findet Savigny in dem Umſtand, daß die virgo vestalis und der flamen dialis durch ihre prieſterliche Würde aus der väterlichen Gewalt und zwar ohne capitis deminutio herausgehen (Gai. I. 130. III. 114. Ulpian. X. 5. Gell. I. 12 aus Labeo und Capito). Von den veſtaliſchen Jungfrauen ſagt Labeo: ſie erben nicht ab intestato, und werden nicht ſo beerbt, ſterben ſie ohne Teſtament, ſo werden ihre Güter dem Aerar zugeſprochen. Er fügt hinzu: id quo iure fiat, quaeritur. Die Ausſchließung der Inteſtaterbfolge deutet nun Savigny auf Aufhebung der Agnation als Quelle derſelben, unter dieſer Vorausſetzung würden alſo die Veſtalinnen aus dem Agnatenkreis ausgetreten ſeyn ohne capitis deminutio, mithin könne der Begriff der c. d. nicht mit dem der mutatio familiae zuſammenfallen. Von den Prämiſſen dieſes Schluſſes iſt die mutatio familiae keineswegs beglaubigt, aber auch der Schluß ſelbſt iſt bey einem ſo exceptionellen Verhältniß, wie das der Veſtalinnen auch in anderer Hinſicht war, bedenklich. Geben wir zu, daß bey der Veſtalin, ungeachtet ſie keine c. d. erlitt, das Familienband als gelöſt betrachtet wurde (wie es denn gewiß iſt, daß wenigſtens die bedeutendſte rechtliche Wirkung deſſelben wegfiel), ſo war dieß allerdings eine Singularität,

ma[uu]), ſind zum Theil ſolche, die durch ihren Begriff ſelbſt gegeben ſind: der Austritt aus der Familie (dem Agnatenkreis), und alles was damit weſentlich zuſammenhängt, wohin auch der Austritt aus der Gens gehört[vv]), und damit hängt ferner der Verluſt des Patronatrechts zuſammen; dieß galt urſprünglich als ein Gentilitätsrecht (Band I §. 42), und nachdem dieſe Anſchauung der Sache durch den Patronat der Plebejer ihre Ausſchließlichkeit verloren hatte, ſpäter ganz verſchwunden war, erhielt ſich dennoch jene Folge als beſtehendes Recht[ww]). Aber die C. D. hat noch beſondere, nicht ſchon durch die mutatio familiae gegebene Folgen. Einer Frau giebt ſie die Möglichkeit zu teſtiren, dieß hat Hadrian aufgehoben, die c. d. ſoll dazu nicht mehr nöthig ſeyn; ſie endigt den Uſusfructus und Uſus, dieß hat Juſtinian abgeändert; ſie befreit von den Klagen der Gläubiger (mit Ausnahme gewiſſer Obligationen), dieſe Folge hat der Prätor der That nach dadurch beſeitigt, daß er ſtets den Gläubigern die Klagen reſtituirt (§. 177 Note t); auch einige Forderungen gehen ausnahmsweiſe durch Cap. Dem. des Gläubigers unter[xx]). Dieſe beſonderen Folgen tru-

aber keine größere, als daß ſie ohne capitis deminutio (Cic. top. 4. Gai. I. 115) das Recht zu teſtiren hatte, und es ließe ſich, wenn wir darüber nicht beſtimmtere Auskunft hätten, daraus eben ſo gut folgern, man habe die capio der Jungfrau als eine Capitis Deminutio betrachtet, als aus ihrer familiae mutatio, daß dieſe nicht den Inhalt der c. d. minima ausmache.

uu) Vgl. zu dem folgenden Savigny Syſtem II §. 69. 70.

vv) Cic. top. 6.

ww) Dagegen ſind die Folgen der Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, die Manus u. ſ. f. überall keine Folgen der Capitis Deminutio ſelbſt, ſondern nur der beſonderen Acte, mit denen ſie ſich verbindet, und von denen ſie ebenfalls eine Folge iſt. Durch die Arrogation z. B. verliert der Arrogirte ſein Vermögen an den Arrogator, dieſer Verluſt und die C. D. aber ſtehen unter einander nicht in dem Verhältniß von Urſache und Wirkung, ſondern beide ſind nebeneinander Folgen der Arrogation.

xx) Gai. III. 83. 114. Das Nähere über dieſe Folgen wird bey den Rechten vorkommen, auf die ſie ſich beziehen.

gen dazu bey, die c. d. minima noch immer auf derſelben Linie mit den übrigen feſtzuhalten, nachdem ſie ihrer eigentlichen Richtung nach aufgehört hatte, eine Minderung der Rechtsfähigkeit zu ſeyn; eben ſo hätte in ihnen das Inſtitut noch eine Wichtigkeit behaten können, als im neuſten juſtinianiſchen Recht die Agnationsrechte und damit auch die mutatio familiae ihre Bedeutung mit Ausnahme der Adoption gänzlich verloren, wenn nicht damals auch jene beſonderen Folgen ſchon weggefallen geweſen wären.

Status Controverſia.

CCXXI. Eine Unterſuchung über den Status einer Perſon (status quaestio) kann im Intereſſe des Staats unternommen werden in Beziehung auf die öffentlichen Rechte, welche von dem Status abhängig ſind. Dahin gehört die quaestio de civitate, welche gegen die Anmaßung des Bürgerrechts gerichtet, und unter andern durch die lex licinia et mucia (Bd. I §. 64 Note b) angeordnet war, aber auch die accusatio ex lege visellia gegen den Libertinus, der die politiſchen Rechte eines Ingenuus in Anſpruch nahm[a]).

Die Quäſtio Status kann aber auch in einem Civilrechtsſtreit vorkommen. Dieß ſetzt voraus, daß von dem Status einer Perſon ein Privatrecht derſelben oder einer andern abhängt, um deſſen willen der Status behauptet und beſtritten wird.

Vor allem kann der Streit über den Status einen Beſtandtheil oder Incidentpunkt eines andern Rechtsſtreits, über das Recht nämlich, welches dadurch bedingt wird, ausmachen. So kann bey einem Erbſchaftsſtreit die Freiheit, die Civität des Teſtators in Frage kommen, eben ſo hängt der Erfolg der Vindication ex iure quiritium von der Civität (oder Latinität) des Klägers ab[b]).

---

a) S. §. 215 Note c.

b) In ähnlicher Weiſe kommt Cicero in der Rede für den Cäcina,

Am nächſten dieſem Fall ſteht die Verfolgung eines Rechts an der Perſon, deſſen Anerkennung von der Unterſuchung des Status abhängt. Dahin gehört die Vindication eines Menſchen als Sclaven oder Filius, wenn der Gegner die Freiheit des Menſchen oder ſeinen Austritt aus der väterlichen Gewalt behauptet. Hier aber iſt die status controversia ſchon nicht mehr ein bloßer Incidentpunkt, da der behauptete Status in directem Widerſpruch mit dem Recht, das der Kläger geltend macht, ſteht, und in der Behauptung dieſes Rechts eine unmittelbare Abläugnung jenes Status liegt.

Aber die Quäſtio Status kann auch von dieſem Beiwerk eines anderen Rechts, welches dadurch bedingt wird, ganz entbunden, und für ſich allein zum Gegenſtand eines Proceſſes gemacht werden. Dieß geſchieht ſo, daß eine praeiudicialis formula gegeben und darin der Richter angewieſen wird, lediglich über die Frage zu entſcheiden, ob einem gewiſſen Menſchen ein gewiſſer Status zukomme oder nicht (§. 167)[c]). Dieſer Weg kann von dem eingeſchlagen werden, der den Status beſtreitet, indem er die Geltendmachung ſeines Rechts (Eigenthum, väterliche Gewalt, Patronatrecht), für welche die Entſcheidung über den Status ein Präjudicium werden ſoll, noch ausſetzt. Ja es ſcheint dieſe abgeſonderte Behandlung der Frage ſpäter als nothwendig vorgeſchrieben worden zu ſeyn[d]). Für den welcher den Status: die Freiheit, die Ingenuität behauptet, iſt dieß ohnehin der einzige Weg, die Frage zur richterlichen Entſcheidung zu bringen.

---

um einen von dieſer Seite erhobenen Einwand des Gegners zu beſeitigen, in den Fall, die Civität ſeines Clienten vertheidigen zu müſſen.

c) Auch das Verfahren per sponsionem (§. 168) war anwendbar, wie früher die legis actio sacramento Cic. pro Caec. 33.

d) Für die Frage der Ingenuität iſt dieß gewiß: quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium Ulp. L. 6 D. si ingenuus esse dicetur (40, 14).

Es iſt eine Eigenthümlichkeit der Quäſtio Status, wo ſie nicht als bloßer Incidentpunkt vorkommt, daß der, über deſſen Status geſtritten wird, nicht ſelbſt als Kläger oder Beklagter den Proceß führt, ſondern von einem Andern vertreten wird. Am gewiſſeſten iſt dieß bey dem Proceß über die Freiheit; der deſſen Freiheit in Frage iſt, wird durch einen assertor vertreten. Ob er bisher in libertate oder in servitute gelebt hat, iſt ohne Einfluß darauf, es entſcheidet nur über die Parteirolle (des Aſſertor) und die davon abhängende Beweislaſt (§. 212 Note bb). Eben ſo wenig bezieht ſich darauf der auf die zwölf Tafeln (die vindiciae secundum libertatem §. 161 a. E.) zurückgeführte Grundſatz: post ordinatum liberale iudicium hominem cuius de statu controversia est, liberi loco esse [e]), denn dieſer proviſoriſche Zuſtand tritt erſt in Folge der ordinata causa ein, giebt ihm alſo nicht das Recht in dieſer ſelbſt wie ein in ſeinem Status Unangefochtener aufzutreten. Als der Freiheitsproceß noch ausſchließlich die Form der Vindication (in servitutem, in libertatem) hatte, ließ ſich dieß ohnehin nicht denken, man kann nicht vindiciren von dem, den man vindicirt, und man kann ſich nicht ſelbſt vindiciren. Aber dieſe Nothwendigkeit eines Aſſertor iſt auch auf die praeiudicialis formula übertragen, erſt Juſtinian hat ſie aufgehoben [f]).

Wird die Frage über die Eigenſchaft als Paterfamilias durch eine Vindication von Seiten des angeblichen Gewalt-

e) L. 24. 25 §. 2 D. de liberali causa (40, 12). Daher Klagen gegen und durch ihn angeſtellt werden können, ſelbſt von dem angeblichen Herrn und gegen dieſen.

f) Paul. sent. V. 1, 5. Cod. VII. 17: de adsertione tollenda. In den Pandektenſtellen iſt daher die Erwähnung des Aſſertor ausgelöſcht, doch fehlt es nicht an Spuren des älteren Rechts z. B. L. 29 pr. D. de lib. causa (40, 12): — qui ex servitute in libertatem petitus sit — L. 32 eod.: — ex servitute defensi — vgl. L. 9 in f. eod. So wird denn auch dem, der ſeine Freiheit verfechten will, nur eine in libertatem *proclamatio* zugeſchrieben.

habers eröffnet, ſo kann auch hier kein Zweifel ſeyn, daß der angeſprochene Sohn nicht der Beklagte iſt. Wenn nun aber, weil der Klage die Selbſtſtändigkeit des Vindicirten entgegengeſetzt wird, die Sache in ein Präjudicium übergeht, oder gleich von vorn herein eine praeiudicialis formula geſucht wird, ſo ſpricht auch hier für die Nothwendigkeit eines Vertreters und gegen das Auftreten des Sohns als Klägers oder Beklagten der Umſtand, daß die Natur der behaupteten Gewalt einen Proceß zwiſchen Vater und Sohn unzuläßig macht[g]).

Ueber die Ingenuität einer Perſon kann in dem liberale iudicium geſprochen werden, wenn die Freiheit durch Geburt es iſt, die dem als Sclaven Angeſprochenen aſſerirt wird[h]). Wird aber nur über die Ingenuität, nicht über die Freiheit überhaupt geſtritten, ſo würde hier dem ſelbſtſtändigen Auftreten des angeblichen Libertus in dem Proceß mit dem möglichen Patron materiell nichts entgegenſtehen. Deſſenungeachtet iſt es denkbar, daß die Nothwendigkeit eines Vertreters von der liberalis causa herübergenommen, wenn ſie auch ſpäterhin auf dieſe beſchränkt wurde[i]). Die partes actoris mit der Wirkung

g) Für die Erledigung der Sache durch eine extraordinaria cognitio beſteht dieſes Hinderniß nicht, und dieß war in der dritten Periode wohl der gewöhnliche Weg, wie dieſe Frage erörtert wurde.

h) L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12): — si ex servitute in ingenuitatem se alleget —. L. 29 §. 1. eod.: qui ingenuus pronunciatus est —. L. 3 C. de ord. cognit. (7, 19).

i) Juſtinian erwähnt in ſeiner die Aſſertio aufhebenden Conſtitution (Note f) nur noch die liberalis causa, wobey ſie zu beſeitigen war. Der Ausdruck des Saturninus L. 2 §. 1 D. si ingenuus (40, 14): qui se ex libertinitate ingenuitati adserant, iſt unbeſtimmt; dagegen ſpricht Papinian L. 4 eod. von einem proclamare in ingenuitatem wie bey der liberalis causa. Vielleicht iſt auch auf die Art, wie Gaius IV. 44 dieſes Beiſpiel einer praeiudicialis formula giebt: qua quaeritur, *aliquis* libertus sit, ein Gewicht zu legen, daß Theophilus IV. 6, 13 die Formel ſogar bey der liberalis causa ſo giebt: *εἰ φαίνεται, μὲ ἐλεύθερον εἶναι*, iſt entweder ein offenbarer Irrthum, oder eine bey dieſer hiſtoriſchen Faſſung unpaſſende Rückſicht auf die juſtinianiſche Aufhebung der Aſſertio.

der Beweislaſt beſtimmen ſich eben ſo wie bey der liberalis causa darnach, ob die Perſon in possessione libertinitatis oder ingenuitatis iſt[k]); nur wenn der, welcher in Anſpruch genommen wird, nicht ſeine Libertinität, ſondern lediglich, daß er Libertus dieſes Patrons ſey, läugnet, liegt dem angeblichen Patron ſtets der Beweis ob[l]).

Die Quäſtio Status wurde nicht ſelten von den Herren oder Patronen gebraucht, um durch einen zum Schein angeſtellten Proceß, in dem ſie ſich überwinden ließen, ihren Sclaven oder Freigelaſſenen zu den Rechten der Ingenuität zu verhelfen. Dieſem Mißbrauch ward durch ein Senatus Conſultum unter Domitian und ein zweites unter Marc Aurel begegnet, wonach eine Retractation dieſer Colluſion innerhalb fünf Jahren zugelaſſen wird (§. 175 S. 207).

---

k) Ulpian. L. 14 D. de probat. (22, 3).

l) Ulpian. L. 6 in f. D. si ingen. (40, 14). Der Schlußſatz der Stelle iſt auf dieſen unmittelbar vorher erwähnten Fall zu beſchränken; ſo löſt ſich der ſcheinbare Widerſpruch zwiſchen dieſer und der Stelle Note k.

Drittes Kapitel.

Von dem Recht des Beſitzes.

Von den Sachen.

CCXXII. Die Dinge der äußeren Natur ſind dem Menſchen gegeben, daß ſie ihm dienen, daß er ſie ſich unterwerfe. Ein ſolcher Gegenſtand, der auf der einen Seite ein körperlich ſelbſtſtändiges Daſeyn, eine von dem Menſchen äußerlich unabhängige Exiſtenz, auf der anderen Seite aber die Beſtimmung hat, dem Menſchen unterworfen zu ſeyn, heißt Sache. So bildet der Begriff der Sache, des rein Gegenſtändlichen, den Gegenſatz zu dem Begriff der Perſon, die zwar auch als Gegenſtand eines rechtlichen Willens, aber doch nur ſo zu denken iſt, daß damit immer noch eine Anerkennung ihrer Eigenſchaft als Subject eines ſolchen verbunden bleibt.

Die philoſophiſche Eintheilung der Dinge (nicht der Sachen) in ſinnlich wahrnehmbare und intelligible, körperliche und unkörperliche, res corporales et incorporales[a]) wendeten

---

a) Cic. top. 5: Definitionum autem duo sunt genera prima, unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangive possunt, ut fundum, aedes — —. Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentiae, quam notionem voco.

die römiſchen Juriſten auch auf die rechtlich in Betracht kommenden Gegenſtände an[b]). Sie wurden darauf zunächſt dadurch geführt, daß die in rem actiones entweder auf eine Sache gehen (si paret, rem actoris esse), oder auf ein Recht (si paret ius utendi fruendi etc.; si paret hereditatem actoris esse); dieß ließ ſich ſo ausdrücken: der Gegenſtand der in rem actio iſt entweder eine res corporalis oder eine res incorporalis[c]). In dieſem Sinn hieß dann res das, wovon geſagt werden kann: meum est, und dieß iſt entweder ein corporale oder incorporale. Freilich ſtand nichts im Wege, die Eintheilung nach Gelegenheit auch in einem weiteren Umfang zu gebrauchen, wie ſie bey den Philoſophen alle Gegenſtände in ſich begriff. So waren daher auch die Obligationen zu den res incorporales zu zählen (Note b). Jedenfalls aber iſt ſie nur eine Eintheilung der Dinge, nicht der Sachen; dieſe vielmehr ſind durchaus körperliche Gegenſtände.

An jeder Sache können wir Theile unterſcheiden, im Gegenſatz zu denen die Sache ſelbſt das Ganze, die universitas, heißt. Geſchieht dieß in Beziehung auf die Unterwerfung der Sache unter den Willen, iſt alſo der Wille auf einen Theil gerichtet, ſo wird dieſer in dieſem Act ſelbſt nicht als Theil, ſondern als ein Selbſtſtändiges, als eine Sache für ſich, das Ganze wird als getheilt (pro diviso) behandelt, denn theilen heißt eben: aus einem Ganzen mehrere Ganze machen[d]).

---

b) Gai. L. 1 §. 1 D. de div. rer. (1, 8): Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae — —. Inst. II. 2: de rebus incorporalibus.

c) Wie Ulpian XIX. 11 von der Scheinvindication ſagt: in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.

d) L. 25 §. 1 D. de V. S. (50, 16): Quintus Mucius ait, partis

Daher ſetzt dieß voraus, daß der Theil auch als ein Selbſt-ſtändiges, als ein eigenes Ganzes exiſtiren kann, mit andern Worten, daß die Sache überhaupt, und in Beziehung auf dieſe Theile inſonderheit theilbar iſt. Nun giebt es Theile (ſie heißen integrirende), zu deren Weſen es gehört, Theile eines andern Ganzen zu ſeyn, ſo daß ſie in dem Ganzen völlig aufgehen, und nicht ohne ihre Natur weſentlich zu verändern, gegen daſſelbe ſelbſtſtändig werden können. In Beziehung auf dieſe Theile iſt die Sache untheilbar, ſie kann nicht pro diviso behandelt werden, es kann das Ganze, aber nicht ein ſolcher Theil beſonders unſerem Willen unterworfen ſeyn. Die Steine z. B. aus denen ein Haus oder eine Mauer beſteht, ſind nicht auf die Art Theile des Gebäudes, daß ſie nicht auch, ohne ihre Natur zu verändern, herausgenommen werden könnten, und es findet daher, auch während ihrer Verbindung eine Behandlung derſelben pro diviso Statt; dagegen iſt das Gebäude ſelbſt integrirender Theil des Bodens, auf dem es ſteht, es kann daher nicht als ein gegen den Boden Selbſtſtändiges behandelt werden, es kann unſerem Willen nur mit, nicht ohne den Boden unterworfen ſeyn. Daſſelbe iſt bey den Gliedern eines lebenden Weſens der Fall.

Nun können aber neben den körperlichen, aus denen die Sache beſteht, Theile gedacht werden, unkörperliche, ideelle, intellectuelle[e]). Dieſe Theile werden durch ihr Verhältniß zu dem Ganzen beſtimmt, es ſind quote Theile, eine reelle Theilung iſt hier nicht geſchehen. Iſt daher der Wille auf einen ſolchen Theil gerichtet, ſo wird die Sache als ungetheilt (pro in-

---

appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse, Servius non ineleganter partis appellatione utrumque contineri.

e) L. 5 D. de stipul. serv. (45, 3): Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore —.

diviso) behandelt, der körperliche Gegenſtand des Willens iſt die Sache überhaupt, die Beſchränkung auf den Theil iſt etwas lediglich in den Gedanken liegendes. Es iſt z. B. Mehreren ein Grundſtück unterworfen, aber nicht ſo, daß jedem ein körperlicher Theil gehört (pro diviso), in dieſem Fall kann man eigentlich nicht ſagen, das Grundſtück gehört ihnen, vielmehr ſind durch dieſes Verhältniß ſelbſt ſchon mehrere Grundſtücke daraus geworden. Anders wenn jedem ein ideeller Theil z. B. die Hälfte gehört (pro indiviso), hier wird allerdings jeder nur als Eigenthümer dieſes Theils gedacht, aber dieſer Theil iſt noch nicht körperlich dargeſtellt, körperlich tritt nur das Ganze hervor, daher wird dieſer Fall mit dem Ausdruck bezeichnet: die Sache gehört ihnen gemeinſchaftlich.

Wir haben ſo eben ein Verhältniß betrachtet, wobey das Ganze etwas körperliches, die Theile bloß gedacht ſind. Umgekehrt giebt es auch Fälle, wo die Theile das Körperliche ſind, das Ganze dagegen bloß gedacht wird[f]). Es kommt nämlich vor, daß einer Anzahl von äußerlich ganz ſelbſtſtändig beſtehenden, körperlich nicht zuſammenhängenden Sachen eine gemeinſame Beſtimmung, und damit ein innerer Zuſammenhang gegeben iſt, der ſie als Theile eines Ganzen erſcheinen läßt, eines Ganzen, das nicht in die äußeren Sinne fällt, da es bloß auf der den Sachen gegebenen Beſtimmung beruht, ſondern das nur gedacht wird. So die Pferde, aus denen ein Geſtüte, die Schafe, aus denen eine Heerde, die Bücher aus denen eine Bibliothek, die Sachen, aus denen ein Waaren-

---

f) Es ſind alſo vier Fälle zu unterſcheiden: 1) universitas und Theile ſind körperlich z. B. L. 239 §. 8 D. de V. S. (50, 16): territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis — L. 7 §. 11 D. de adqu. dom. (41, 1): — universitas aedificii — singulae res ex quibus constat —; 2) die universitas iſt körperlich, die Theile unkörperlich; 3) die universitas iſt unkörperlich, die Theile körperlich; und da ſich auch bey einer ſolchen Sache quote Theile denken laſſen: 4) universitas und Theile ſind unkörperlich.

lager beſteht[g]). An die Stelle des äußeren Zuſammenhangs tritt hier ein innerer, der in jener gemeinſamen Beſtimmung liegt. Wenn nun dieſe von der Art iſt, daß der Zweck dieſer Sachen völlig in ihr aufgeht, die Sachen alſo nicht noch einen davon unabhängigen Zweck haben, ſo daß mithin ihre innere Verbindung auf die Behandlung dieſer Sachen einen ähnlichen Einfluß hat, wie die körperliche Verbindung bey einer aus anderen zuſammengeſetzten Sache (einem corpus ex cohaerentibus corporibus), ſo wird das unkörperliche Ganze im Recht ſelbſt nach gewiſſen Richtungen hin als eine Sache behandelt, z. B. als Gegenſtand des Eigenthums, des Pfandrechts[h]). Dieſes Ganze iſt von den einzelnen Sachen, die es bilden, unabhängig, es bleibt daſſelbe, wenn ſie ſich auch alle verändert hätten[i]). So haben wir in einem ſolchen Ganzen

---

g) Es iſt eine Verirrung, wenn Warnkönig: über den Begriff und die Wichtigkeit der ſ. g. universitates rerum, Archiv für civ. Praxis XI S. 179, glaubt, das Ganze ſey hier durch die äußeren Sinne wahrnehmbar, alſo ein körperliches: man ſehe ja die Heerde, der Hirt treibe ſie aus u. ſ. f. Für dieſe Verwechſelung des Ganzen mit den einzelnen Stücken, die das einzig Sichtbare und Berührbare daran ſind, kann der römiſche Juriſt nicht einſtehen, welcher ſagt: est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus (§. 18 I. de legat. 2, 20), da bekanntlich corpus nicht immer einen Körper im natürlichen Sinne bedeutet.

h) L. 1 §. 3 D. de R. V. (6, 1) L. 13 pr. 34 pr. D. de pignor. (20, 1).

i) L. 3 pr. D. de R. V. (6, 1) L. 22 D. de legat. I (30) vgl. L. 76 D. de iudic. (5, 1). Man darf aber nicht glauben, daß wo ein ſolches corpus quod ex distantibus corporibus constat (L. 30 pr. D. de usurp. 41, 3) als Ganzes (als universitas) Gegenſtand eines Rechtsverhältniſſes iſt, nun ſchlechterdings auch die einzelnen Stücke nicht in Betracht kommen. Das Eigenthum, das Pfandrecht an dem Ganzen beſteht mit dem Recht an den einzelnen Theilen; dieſe Möglichkeit, ſelbſtſtändig Gegenſtand deſſelben Rechts zu ſeyn, liegt bey der bloß inneren Verbindung ſogar noch näher, als bey der zugleich äußerlichen in einem corpus ex cohaerentibus corporibus. Man iſt in jenen Irrthum verfallen durch die L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1), wo aber gerade das Gegentheil anerkannt iſt, während die beſondere Entſcheidung, die

eine juriſtiſche Sache, wie in einer universitas personarum eine juriſtiſche Perſon[k]).

Man hat dieſe unkörperlichen Ganzen aus körperlichen Theilen universitates rerum genannt (oder beſtimmter, um ſie von den aus körperlich zuſammenhängenden Sachen beſtehenden zu unterſcheiden: universitates rerum distantium). Nun iſt der Begriff von Ganzen und Theilen nicht auf Sachen eingeſchränkt, auch auf Rechte findet er Anwendung; ſo iſt das Vermögen eine universitas, deren Theile die Rechte ſind, aus denen es beſteht. Auch dieß iſt eine unkörperliche Univerſitas mit unkörperlichen Theilen (was hier nicht bloß von den möglichen quoten Theilen, ſondern auch von den Stücken, aus denen ſie beſteht, gilt). Aber mit dieſem Begriff ſind wir aus der Reihe der Sachen völlig hinausgetreten, er kann nicht in eine Linie mit den bisherigen geſtellt werden[l]).

CCXXIII. Die natürlichen Unterſchiede der körperlichen Dinge, ſo weit ſie auf ihre Beſtimmung, Gegenſtände des

---

darin gegeben wird, auf einem anderen, mit der allgemeinen Natur der unkörperlichen universitates nicht zuſammenhängenden Grunde beruht, und auch durchaus nicht von allen gilt, ſ. §. 250 Note n.

k) Daher läßt ſich allerdings ſagen, es giebt unkörperliche Sachen (nur ſind es nicht die, welche man gewöhnlich unter dieſem Ausdruck verſteht), aber es ſind eben nur fingirte Sachen.

l) Die alte Lehre war: die universitas rerum ſey von doppelter Art 1) universitas facti s. hominis (darunter verſtand man jene universitates rerum distantium, von denen ſo eben die Rede geweſen iſt); 2) universitas iuris, ein Vermögensinbegriff, wie Erbſchaft, Peculium, Dos. Bey dieſer ſ. g. universitas iuris ſollte die unterſcheidende Regel gelten, daß wenn eine Sache daraus genommen und mit einer anderen (z. B. durch Kauf oder Verkauf) vertauſcht würde, die letztere ganz von ſelbſt und nothwendig an der Stelle jener ein Theil der universitas iuris werde: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Dieſe letztere Behauptung iſt eben ſo unrichtig, als jene Zuſammenſtellung fremdartiger Begriffe. Mit Erfolg iſt beides bekämpft worden von Haſſe: über universitas iuris und rerum, und über Univerſal- und Singular-Succeſſion (1821), Archiv für civil. Praxis V. 1.

rechtlichen Willens zu ſeyn, Einfluß haben, ſind im Recht hervorgehoben und als Unterſchiede der Sachen aufgefaßt worden. Die meiſten derſelben werden da zur Sprache kommen, wo ihr Einfluß ſich zeigt, einer aber iſt von ſo allgemeiner Bedeutung für die Unterwerfung der Sachen unter den Willen, daß er gleich hier erörtert werden muß.

Die Sachen ſind bewegliche oder unbewegliche. **Res mobiles** oder moventes ſind die, welche ohne Veränderung ihres Weſens einer Ortsveränderung fähig ſind, ſey es übrigens durch eigene Kraft (se moventes), oder bloß durch eine außer ihnen liegende[a]). Die Eigenſchaft der Unbeweglichkeit kommt an ſich nur dem Erdboden, solum, zu; aber die Sachen, welche weſentlich mit ihm verbunden integrirende Theile deſſelben geworden ſind, werden von ihm an ſich gezogen, ſie werden res soli, und dadurch res immobiles, ſo die im Boden wurzelnden Gewächſe[b]), und die Gebäude, ſofern ſie zu dieſer feſten Verbindung mit dem Boden, auf dem ſie ſtehen, beſtimmt ſind[c]). Für Theile des solum, Grundſtück, haben die Römer das Wort praedia. Ein Grundſtück, das als ein Ganzes für ſich behandelt wird, heißt fundus; als einen Theil eines andern, eines Fundus, nennen ſie es locus. Die Lage der Grundſtücke theilt ſie in praedia rustica und urbana, die Gebäude auf jenen heißen villae, die auf dieſen aedes, ein Platz ohne Gebäude heißt dort ager, hier area[d]). Jene Ein-

---

a) L. 93 D. de V. S. (50, 16) L. 1 pr. D. de aed. ed. (21. 1).

b) L. 40 D. de act. emti (19, 1): arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo.

c) L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (41, 1): omne quod inaedificatur, solo cedit. Ein Gebäude aus Holz, welches an einem Ort errichtet wird, um ſodann an einen andern Platz gebracht zu werden, iſt nicht eher eine unbewegliche Sache, als bis dieſe ſeine Beſtimmung in Wirklichkeit getreten iſt, und wenn es überhaupt nicht beſtimmt iſt, auf einem gewiſſen Grund unveränderlich zu bleiben, bleibt es ſtets eine bewegliche Sache, wie z. B. eine Bude, ſ. L. 60 eod.

d) L. 27 pr. 60. 115. 211 D. de V. S. (50, 16).

theilung wird aber nicht bloß auf den Ort, ſondern auch auf die Art und Beſchaffenheit der Grundſtücke bezogen, und dabey die örtliche Bedeutung theils modificirt, theils ganz davon abſtrahirt. Praedia rustica, als Grundſtücke ländlicher Beſchaffenheit genommen, ſind Grundſtücke welche der ländlichen Lebensart, inſonderheit dem Betrieb des Landbaus beſtimmt ſind; praedia urbana ſolche, die den Bedingungen der perſönlichen Exiſtenz und Bequemlichkeit, der bürgerlichen Gewerbe, überhaupt den von dem Gebrauch zur Gewinnung der Bodenerzeugniſſe unabhängigen Bedürfniſſen dienen. Ein Gebäude für ſich betrachtet wird hiernach ſtets ein praedium urbanum genannt werden müſſen, denn der Boden, auf dem es ſteht, iſt dem Landbau entzogen[e]), aber in ſeinem Zuſammenhang mit einem andern Grundſtück betrachtet kann es untergeordneter Beſtandtheil eines Landguts, alſo für die Zwecke des Landbaus beſtimmt, und inſofern einem praedium rusticum gleichgeſtellt ſeyn, ſo daß das praedium rusticum auch die für den Betrieb der Landwirthſchaft beſtimmten Gebäude begreift[f]). Umgekehrt kann jeder Platz ohne Gebäude für ſich betrachtet ein praedium rusticum genannt werden, aber wenn er nur Acceſſion eines praedium urbanum iſt, ſo nimmt er inſoweit auch

---

e) §. 1 I. de servit. (2, 3) L. 4 D. in quib. caus. pign. (20, 2) Ulpian. XIX. 1.

f) L. 198 D. de V. S. (50, 16) L. 4 §. 1 D. in qu. caus. pign. (20, 2): Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint (d. h. ein ſolches Gebäude erſcheint durch ſeine iſolirte Lage als bloße Acceſſion des praedium rusticum, während eine Reihe von Gebäuden ſich als etwas principales darſtellt). Quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt; denn bey dem Pfandrecht an den in das gemiethete praedium urbanum eingebrachten Sachen wird nur auf die Beſchaffenheit des Grundſtücks für ſich geſehen. Eben ſo auch bey den Servituten L. 1 pr. D. comm. praed. (8, 4), ſ. §. 253.

die Eigenſchaft deſſelben an, z. B. ein Garten am Hauſe, der nicht zur Oeconomie, ſondern für die Bequemlichkeit des Bewohners beſtimmt iſt[g]). Suburbanum praedium heißt dem Ort nach ein Grundſtück, das außerhalb der Stadt, aber noch im Gebiet oder der unmittelbaren Nähe derſelben liegt[h]), aber es wird auch eine beſondere Beſchaffenheit des Grundſtücks damit bezeichnet, und dann heißt es ein ſolches, das ſich von den ſtädtiſchen nicht durch ſeine Lage, ſondern durch ſeinen ländlichen Charakter unterſcheidet[i]).

Die natürliche Hingabe unter den menſchlichen Willen liegt ſchon in dem Begriff der Sache, wir können nicht Sache nennen, was ſeiner natürlichen Beſchaffenheit nach der Beherrſchung des Menſchen entnommen iſt. Aber manche Sachen ſind durch das Recht der menſchlichen Herrſchaft entweder überhaupt oder wenigſtens dem Privatrecht entzogen. Von dieſen, und beſonders von den letzteren, die nicht der menſchlichen Herrſchaft überhaupt entzogen ſind, wird der Ausdruck gebraucht: non est commercium earum[k]). Mit dieſem Ausſpruch kann entweder bloß das quiritiſche Recht, oder auch ſchlechthin jede privatrechtliche Unterwerfung ausgeſchloſſen ſeyn (§. 197 a. E.)[l]). Wir ſprechen an dieſem Ort bloß von denen, deren Ausſchließung von dem Verkehr dieſen letzteren Umfang hat.

Manche Sachen ſind dem menſchlichen Recht ganz entzo-

---

g) L. 198 in f. D. de V. S. (50, 16).

h) L. 41 §. 6 D. de legat. III (32).

i) L. 16 C. de praed. minor. (7, 71): — quod ab urbanis non loco, sed qualitate discernitur —. Alſo die horti, die in reditu sunt (L. 198 in f. D. de V. S.) ſind ſolche praedia suburbana.

k) L. 6 pr. D. de contrah. emt. (18, 1): — ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus martius.

l) So iſt kein Commercium der Provincialgrundſtücke nach Jus civile, ſie ſind aber darum nicht überhaupt dem Privatrecht entzogen.

gen, ſie heißen res divini iuris[m]). Es ſind die res sacrae, die dem Gottesdienſt durch eine prieſterliche Cerimonie unter öffentlicher Autorität geweiht ſind, und die res religiosae, die durch einen Privatact, nämlich durch die Beſtattung eines Todten entſtehen, wodurch der Platz mit dem, was darauf errichtet iſt, zum locus religiosus wird, vorausgeſetzt, daß der Ort dieſer Diſpoſition des Beſtattenden unterworfen war, und die Abſicht nicht bloß auf eine vorübergehende Beiſetzung des Leichnams gieng. Die Autorität, von der die Entſtehung einer res divini iuris abhängt, iſt bey den res sacrae die auctoritas populi, bey den religiosae das Eigenthum an dem Boden, daher dem Beſitzer eines Provincialgrundſtücks die Macht, einen Platz darauf durch Begräbniß zum locus religiosus zu machen, abgeſprochen wurde. Sofern aber ſein Recht dem Eigenthum analog iſt, wird auch ein ſolcher Ort nach der Analogie eines religiosus behandelt. — An dieſen Sachen beſteht kein Eigenthum, auch nicht für den Staat oder die Kirche; dieß ſchließt indeſſen nicht aus, daß ſie unter dem Schutz des öffentlichen Rechts ſtehen, zu welchem Behuf auch Popularklagen gegeben werden[n]), und bey res religiosae iſt die Beziehung auf Privatperſonen nicht ausgeſchloſſen, ſofern es ſich um das Recht der fortdauernden Benutzung eines ſolchen Orts auch für künftige Begräbniſſe handelt[o]). Auch wieder aufgehoben kann dieſe Eigenſchaft einer Sache werden, aber nur durch öffentliche Autorität[p]), außerdem hat das Gelangen derſelben in die Gewalt der Feinde dieſelbe Folge, weil

---

m) Gai. I. 2—9. L. 6 §. 2 sqq. D. de div. rer. (1, 8) §. 7—10 I. de rer. divis. (2, 1).

n) Dig. XLIII. 6: ne quid in loco sacro fiat. XLVII. 12: de sepulcro violato.

o) Dig. XI. 8: de mortuo inferendo et sepulcro aedificando.

p) L. 44 §. 1 D. de religiosis (11, 7) L. 14 C. eod. (3, 44).

dadurch der bisherige rechtliche Zuſtand der Sache, und damit auch das divinum ius derſelben, ausgelöſcht wird [q]).

Sanctum iſt, was durch eine beſondere Verpönung ſeiner Verletzung geſchützt iſt, ein ſolches iſt auch das sacrum und religiosum. Aber jener Schutz hat ſich auf gewiſſe res humani iuris erſtreckt, und dieſe werden res sanctae in einem beſondern Sinne genannt. Es ſind gewiſſe öffentliche Sachen, die auch ſchon bey ihrer Entſtehung durch religiöſe Cerimonien einen geheiligten Charakter erhalten, und auf deren Verletzung eine bedeutende Strafe geſetzt iſt; als Beiſpiele werden die Mauern und Thore einer Stadt angeführt [r]). Von dieſen wird geſagt, ſie ſeien in gewiſſer Hinſicht den res divini iuris gleichgeſtellt; dieß bezieht ſich nicht bloß auf die ſo eben bemerkte Eigenſchaft, ſondern auch darauf, daß die Mauern und Thore eines Municipiums zwar im Eigenthum der Stadt ſind, aber doch der Diſpoſition derſelben entzogen, ſo daß jede Veränderung eine Genehmigung der Staatsregierung vorausſetzt.

Die res humani iuris ſind regelmäßig dem Commercium hingegeben. Es iſt daher nur zufällig, wenn ſie ſich nicht in der Herrſchaft von Privatperſonen befinden, oder ganz und gar herrenlos ſind, wie z. B. die wilden Thiere, während ſie in ihrer natürlichen Freiheit ſich befinden. Aber es giebt ſolche, hinſichtlich deren kein Commercium beſteht.

Für einige Sachen gilt das Princip, daß ſie Gemeingut aller Menſchen ſind: communia omnium, ſo daß eine Unterwerfung weder von Einzelnen noch von den Staaten ſtatthaft iſt. So die Luft, das Flußwaſſer als vorüberfließendes, alſo in ſeiner Beweglichkeit gedacht, das Meer und mit dieſem die Meeresufer, die ſich ſo weit ins Land erſtrecken, als die Fluth

---

q) L. 36 D. eod.

r) L. 1 pr. 8. 9 §. 3. 4 L. 11 D. de divis. rer. (1, 8) Festus v. religiosus.

des Meers bey ihrem höchſten Stande reicht[s]). Niemand kann ſich eine ausſchließliche Gewalt über dieſe Sachen zuſchreiben, aber ſofern die Ausſcheidung eines Theils davon möglich iſt, wodurch dieſer Theil ſelbſtſtändig gegen das Ganze wird, verliert er auch ſeine Eigenſchaft einer res omnium communis. So iſt der durch Errichtung eines Gebäudes auf dem Ufer oder in das Meer hinein dem Meer abgewonnene Platz nicht mehr Meeresboden oder Meeresufer, und daher dem Commercium errungen, ſo lange die Ausſcheidung dauert, alſo das Meer nicht wieder den Sieg über dieſes menſchliche Werk davon trägt, vorausgeſetzt daß jene Ausſcheidung nicht als ein Hinderniß des gemeinen Gebrauchs verboten iſt[t]). Es gab Juriſten, welche die Meeresufer, alſo den Meeresboden, ſoweit er zur Zeit der Ebbe frey iſt, für Eigenthum des Staats hielten, deſſen Territorium das Meer begränzt,[u]), ohne Zweifel, um das Recht einer anderen Nation, von jener Möglichkeit der Aneignung eines Stücks durch Bauten Gebrauch zu machen, auszuſchließen, ein Recht, welches von dem Princip einer res omnium communis aus nicht in Abrede zu ſtellen war[v]).

---

s) L. 2—4 D. de div. rer. (1, 8). Cic. top. 7. L. 96 pr. 112 D. de V. S. (50, 16).

t) L. 6 pr. 10 D. de div. rer. (1, 8) L. 14. 50 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 3. 4 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

u) Celsus L. 3 cit.

v) Der Rechtsſatz, daß der Luftraum über einem Grundſtück zu dieſem gehört L. 22 §. 4 D. quod vi (43, 24), und daher der Eigenthümer jede Einwirkung, die deſſen Freiheit beeinträchtigt, abwehren kann L. 1 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2), pflegt auch als eine ſolche Modification des obigen Princips dargeſtellt zu werden, gleich als ob aus dem Grundſatz, daß die Luft Gemeingut iſt, eigentlich folgen würde, daß jeder in jenem Luftraum vornehmen könnte, was er Luſt hat. Aber dieß folgt ſo wenig daraus, als daß jeder die Portion Luft, deren er bedarf, in meinem Zimmer einnehmen dürfte. Es iſt klar, daß darum, daß die Luft Gemeingut iſt, nicht jeder Raum es iſt, in dem ſich Luft befindet. Man könnte ſagen: hiernach habe der Satz, daß

Unter den Sachen, die im Eigenthum des Staats ſich befinden, res publicae, ſind ſolche, die den Bedürfniſſen deſſelben auf dieſelbe Weiſe zu dienen beſtimmt ſind, wie das Vermögen des Einzelnen den Bedürfniſſen dieſes, die daher zu dem eigentlichen Staatsvermögen, der pecunia populi, gehören. Sie dem Verkehr entziehen, würde ein Hinderniß ihres Zwecks, der Beſtreitung der Staatsbedürfniſſe, ſeyn, obwohl vielleicht durch ſinguläres Recht das Gelangen derſelben an Andere ohne den Willen ihres jetzigen Eigenthümers (z. B. durch Uſucapion) erſchwert ſeyn kann. Iſt ein ſolches Staatsgut für unveräußerlich erklärt, ſo iſt dadurch allerdings jedes Recht einer Privatperſon davon ausgeſchloſſen, die unveräußerliche Sache alſo dem Commercium entzogen[w]). Unter den res publicae aber ſind ſolche, die dem gemeinen Gebrauch der Bürger beſtimmt ſind, quae in publico usu habentur, an dieſen beſteht kein Commercium[x]). Solche ſind der Staatsboden, der zu öffentlichen Plätzen, und zu Land- und Waſſerſtraßen (viae publicae — rusticae et urbicae; flumen, lacus, fossa, stagnum publicum, portus) dient[y]). Bey dem flumen publicum macht übrigens der Fluß ſelbſt den Boden, der ſein Bette bildet, nicht dieſer jenen zur res publica; als Staatseigenthum gilt jedes flumen perenne[z]). Gegen eine Beſchädi-

---

die Luft eine res omnium communis ſey, eine kaum ſichtbare juriſtiſche Bedeutung. Dieſes Ergebniß hätte kein Bedenken, da wenigſtens die Römer nirgends ein merkliches Gewicht darauf legen.

w) Dieß iſt feſtgeſetzt für die fundi patrimoniales des Princeps L. 39 §. 10 D. de legat. I (30).

x) L. 6 pr. 72 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1). Auch Privateigenthum kann dem gemeinen Gebrauch unterworfen ſeyn, ſo die Ufer eines öffentlichen Fluſſes, ſoweit der Gebrauch des letzteren jenes mit ſich bringt §. 4 I. de rer. div. (2, 1) L. 5 pr. D. de div. rer. (1, 8). Alſo nicht der publicus usus allein iſt es, der eine Sache aus dem Commercium nimmt.

y) L. 1 §. 21 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8) L. un. D. ut in flum. publ. (43, 14).

z) L. 1 §. 2. 3 D. de flumin. (43, 12).

gung dieſer res publicae und gegen Beeinträchtigung ihres öffentlichen Gebrauchs ſind Rechtsmittel gegeben[aa]). Dieſer gemeine Gebrauch kommt auch bey Sachen vor, die im Eigenthum einer Stadt ſind, auch dieſe hat ihre öffentlichen Plätze und Straßen, im Gegenſatz zu ihrer pecunia oder patrimonium. Auch auf ſie iſt jener Rechtsſatz erſtreckt, daß ſie dem Commercium entzogen ſind, wie denn auch ſogar der Name res publicae auf ſie ausgedehnt worden iſt[bb]).

Nach allerälteſtem Recht war das ganze Territorium des Staats Staatseigenthum, aber zum größten Theil dem Gebrauch der Bürger hingegeben, alſo in publico usu, nur daß der Einzelne den Beſitz der Grundſtücke erhielt, und davon, ſo lange der Staat ſeine Conceſſion nicht zurücknahm, Andere ausſchloß (Bd. I §. 40). Das Privatgrundeigenthum nach quiritiſchem Recht, welches nachher neben jener possessio entſtand, wurde als ein vom Staat verliehenes behandelt, es wurde durch Aſſignation (ager assignatus), oder durch Verkauf von dem Staat an die Bürger (ager quaestorius) von dem Ager publicus ausgeſchieden. Dieſe Ausſcheidung wurde durch ein äußerliches Kennzeichen ſichtbar gemacht; es beſtand in der Einſchließung des Privatlandes in Limites, ſo daß anfangs ager limitatus und ager privatus gleichbedeutend war[cc]). Die Limitation beſtand darin, daß der ganze Diſtrict mit einem Netz von Linien, theils von Süd nach Nord (cardines),

---

aa) Dig. XLIII. 7. 8. 11. 12—15.

bb) L. 15—17 D. de V. S. (50, 16). Darum werden in L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8) als Beiſpiele für Sachen, die im Eigenthum der universitas, nicht der Einzelnen ſind, zuerſt die Theater, Stadien u. dergl. angeführt, weil bey dieſen jener Umſtand am ſichtbarſten hervortritt, da ſie gar nicht ins Eigenthum der Einzelnen kommen können.

cc) Daher Feſtus die possessiones (h. v.) als agri late patentes beſtimmt. — Das limitirte Land wird auch dem ager occupatorius entgegengeſetzt, d. h. dem auf andere Art als durch Aſſignation oder quäſtoriſchen Verkauf in den Privatbeſitz gekommenen.

theils von Oſt nach Weſt jene rechtwinklicht durchſchneidend (decumani), überzogen wurde[dd]). Die äußerſten ſchließen den Diſtrict nach Außen ab, die inneren theilen ihn in Vierecke von gleichem Maß, Centurien genannt[ee]), ihr Abſtand von einander richtet ſich nach der Größe dieſer Centurien, bey Centurien von 200 Jugera beträgt er 2400 Fuß. Die Limites wurden mit Gränzzeichen verſehen, überdieß wurde für die nöthigen Wege dadurch geſorgt, daß ſie nicht bloße mathematiſche Linien, ſondern Gränzraine waren, die dem Privateigenthum entzogen im Eigenthum des Staats zurückblieben, wenigſtens bey aſſignirtem Land. Die größte Breite hatten die zwey Hauptlimites, mit deren Ziehung das ganze Geſchäft begonnen wurde: cardo maximus, decumanus maximus (ſie ſtieg bis auf 20 und 40 Fuß), geringer war die der actuarii oder quintarii limites (je die fünften — oder den Ausgangspunkt mitgerechnet, die ſechſten Limites, die alſo fünf Centurien einſchloſſen); die zwiſchen den Actuarii liegenden (je vier) Limites waren in den Provinzen bloße Linien ohne Breite (ſie waren nur mensuris agendis, nicht itineribus agendis beſtimmt), und hießen daher linearii, in Italien waren auch ſie als Gränzſtreifen, die im Staatseigenthum blieben, angelegt, um zu Wegen zu dienen, und wurden subruncivi genannt, ihre Breite war geſetzlich auf acht Fuß geſtellt[ff]). Es war, wie bemerkt, eine Zeit in Rom, wo jeder ager privatus limitirt war, dieß änderte ſich ſpäterhin, es gab in den Provinzen und in Italien vieles Privatland, das es weder durch

---

dd) Sic. Flaccus de cond. agror. in Rei agrariae auctores cura W. Goesii p. 15, Hyginus de limitib. constituendis, ib. p. 150 sqq.

ee) Paul. Diac. ex Festo: Limitatus ager est in centurias dimensus. — Centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit. Ein iugerum beträgt 240 Fuß in die Länge, 120 in die Breite, die Hälfte davon iſt ein actus quadratus, 120 Fuß ins Gevierte Varro de R. R. I. 10.

ff) Hyginus de limit. constit. p. 152 Goes.

Aſſignation noch durch Verkauf vom Staat geworden war, dieſes war nicht limitirt. Ein Diſtrict nun, der nicht vermeſſen iſt, deſſen Umfang alſo nur durch entgegenſtehende Landwehren: Flüſſe, Berge, Forſten, oder durch fremdes Grundeigenthum beſtimmt wird, heißt ager arcifinius[gg]).

Der Beſitz[a]).

CCXXIV. Wir haben die Sache als den der menſchlichen Herrſchaft vollkommen hingegebenen Gegenſtand beſtimmt, ihr Loos iſt die Unterwerfung unter den Willen des Menſchen. Dieſe Unterwerfung bietet ſich uns zunächſt als eine factiſche dar, deren Reſultat die factiſche Gewalt über die Sache iſt, die wir Beſitz der Sache nennen[b]). Dieſes Ver-

---

gg) Isidor. orig. XV. 12, 11. Sic. Flacc. p. 3. Frontin. p. 38 Goes. Die Ableitungen ab arcendis hostibus oder viciuis oder finibus mögen in dieſelbe Claſſe von Etymologien fallen, welcher territorium von hostes terrendi causa angehört.

a) Kein Glied unſeres Rechtsſyſtems hat eine ſo überfließende Literatur, als der Beſitz, beſonders in Beziehung auf einzelne Momente dieſer Lehre. Weniger zahllos ſind die vollſtändigeren Darſtellungen derſelben. Eine von ihnen ſteht hoch über den andern, die ſie im Ganzen antiquirt hat. Es iſt Savigny's Recht des Beſitzes, zuerſt erſchienen 1803, zum ſechſtenmal 1837.

b) Dieſe dialectiſche Priorität der factiſchen Herrſchaft vor der rechtlichen, des Beſitzes vor dem Eigenthum, geſtaltet ſich bey den römiſchen Juriſten zu der hiſtoriſchen Reflexion, daß die Menſchheit erſt durch den Beſitz hindurch zum Eigenthum gekommen ſey: possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait — L. 1 D. de adquir. vel amittenda possessione (41, 2). Dieſe Anſicht muß ſich jedem empfehlen, der ſich die Geſchichte der Menſchheit von ihrem erſten Anfang an als einen Fortgang von Unrecht zu Recht, von Unvollkommenheit zu Vollkommenheit, von Materialismus zu Geiſtigkeit vorzuſtellen pflegt. Aber vielmehr war das Recht vor dem Unrecht; die Trennung des Factums von dem Recht (Bd. I S. 81) iſt nicht von Anfang

hältniß hat eben darum nicht in ſich ſelbſt einen rechtlichen Charakter, für ſich iſt es der rechtlichen Betrachtung gegenüber etwas zweideutiges: daß ich die Sache in meiner factiſchen Gewalt habe, kann, das Verhältniß für ſich genommen, ebenſowohl Unrecht als Recht ſeyn, — während die rechtliche Unterwerfung der Sache, deren Reſultat iſt, daß mir die Sache gehört, daß ich Eigenthümer derſelben bin, ſchon in ſich ſelbſt einen entſchiedenen rechtlichen Charakter hat, ohne denſelben anderswoher entlehnen zu müſſen.

Wenn nun jene factiſche Herrſchaft als eine für ſich beſtehende ein rechtliches Daſeyn erhalten ſoll — wir ſetzen dieß für jetzt nur als eine Möglichkeit, ob es wirklich geſchehen, ob der Beſitz ein Rechtsverhältniß geworden iſt, wird ſich nachher ergeben —, ſo kann dieß nur ſo gedacht werden, daß ſie dieſe rechtliche Exiſtenz von einem Recht ableitet, unter deſſen Schutz ſie ſteht, von dem ſie getragen wird. Das Problem iſt: es ſoll von uns, indem wir beſitzen und darum daß wir beſitzen, geſagt werden können, daß wir in einem rechtlichen Zuſtand uns befinden, wir ſollen als Beſitzer einen rechtlichen Schutz in Anſpruch nehmen können, und doch iſt dieſer Beſitz, eben indem wir ihn für ſich betrachten, ſeinem Weſen nach etwas factiſches, — wir berufen uns, indem wir Beſitzer zu ſeyn behaupten, auf eine Thatſache, die es unentſchieden läßt, ob wir im Recht oder im Unrecht ſind, und verlangen doch in dieſem Verhältniß geſchützt zu werden — wie mag das zugehen? Man könnte daran denken, die rechtliche Exiſtenz des Beſitzes aus dem Eigenthum, der rechtlichen Herrſchaft über die Sache, abzuleiten. In der That vermag das Eigenthum dem Beſitz einen rechtlichen Charakter zu geben: der Beſitz iſt dann ein rechtlicher Zuſtand, wenn der Eigenthümer beſitzt,

---

geweſen, und erſt, als es zu dieſer Trennung kam, konnte der factiſche Zuſtand als ein für ſich beſtehender in das Bewußtſeyn eintreten.

oder wer dieſe Befugniß von dem Eigenthümer erhalten hat. Aber was iſt die Folge dieſer Deckung des Beſitzes durch das Eigenthum? Daß der Beſitz von dem Eigenthum rechtlich abſorbirt wird, daß die factiſche Herrſchaft nur dann eine rechtliche Exiſtenz hat, wenn ſie mit der rechtlichen verbunden iſt, daß ſie ſelbſtſtändig gegen das Eigenthum geworden ſchlechthin das Unrecht iſt. Das Problem iſt aber gerade, daß die factiſche Herrſchaft ſelbſtſtändig gegenüber der rechtlichen gedacht ein rechtliches Daſeyn haben ſoll. Wenn ich, um meinen Beſitz als einen rechtlichen Zuſtand darzuſtellen, mich auf das Eigenthum an der Sache berufen muß, ſo iſt die Klage, die ich wegen Verletzung meines Beſitzes anſtelle, allein die Eigenthumsklage, das Recht, welches verletzt iſt, das Recht, welches geſchützt wird, iſt das Eigenthum, und nicht der Beſitz.

Wir werden jenes Problem nie löſen können, wenn wir uns an das Eigenthum, dieſe der Selbſtſtändigkeit des Beſitzes feindliche, ſie verzehrende Macht wenden, vor welcher der Beſitz, wenn er ſich von ihr ablöſen will, ſtets als Unrecht erſcheinen muß. Die Bedingung der Löſung iſt das Ignoriren des Eigenthums, denn das Problem iſt eben dieſes: warum wird der Beſitzer geſchützt, mag er Eigenthümer ſeyn oder nicht, alſo warum wird bey dieſem Schutz das Eigenthum ignorirt? Das Recht, aus dem dieſes rechtliche Daſeyn des Beſitzes ſich ableitet, kann nur das Recht ſeyn, welches dem Eigenthum und dem Beſitz vorausgeht, das Recht der Perſönlichkeit. Es iſt die Perſönlichkeit des Beſitzers, welche ſeinen Beſitz deckt und ſchirmt. Wenn ich als Eigenthümer reſpectirt werden will, ſo berufe ich mich allerdings ſtillſchweigend auch auf meine Perſönlichkeit, ohne die ich auch nicht Eigenthümer ſeyn könnte. Aber ich berufe mich überdieß auf das Recht, welches meine Herrſchaft über die Sache zu einer rechtlichen macht, ich behaupte, meine Unterwerfung der Sache ſey auf eine mit einem ſelbſtſtändigen rechtlichen Charakter bekleidete Art ge-

ſchehen, ſie trage ihre rechtliche Exiſtenz als eine ſelbſtſtändige in ſich und brauche ſie nicht von einem andern Recht zu entlehnen. Ich gründe meinen Anſpruch nicht auf den Rechtsſatz, der mir Perſönlichkeit, ſondern auf den, der mir dieſe Sache ſelbſt unmittelbar zuerkennt. Wenn ich dagegen meinen Beſitz geachtet wiſſen will, ſo fällt dieſe letztere Berufung weg, ich behaupte nicht, daß das Recht mir die Sache ſelbſt zuerkennt, denn ich behaupte ja nicht die rechtliche ſondern die factiſche Herrſchaft, indem ich noch dahin geſtellt ſeyn laſſe, ob ſie auch für ſich betrachtet eine rechtliche ſey, es bleibt alſo hier nichts übrig, als jene Berufung auf meine Perſönlichkeit, und dieſe iſt daher hier nicht bloß die allgemeine Vorausſetzung, ſondern der ſpecielle Grund meines Anſpruchs. Weil ich Perſon bin, behaupte ich, muß mein die Sache unterwerfender Wille, der Ausfluß meiner Perſönlichkeit, bis auf einen gewiſſen Grad geachtet, es muß ihm eine rechtliche Exiſtenz zuerkannt werden, die er nicht in ſich trägt (denn ich ſage noch nicht, daß die Sache mir gehört), aber die er aus dem Recht der Perſönlichkeit ableitet.

So haben wir den Beſitz als die Beziehung der Perſon auf Sachen anzuſehen, die noch unſelbſtſtändig wie unter der Tutel der Perſönlichkeit ſteht, von der ſie ſich noch nicht frey gemacht hat; die Perſon bezieht ſich im Beſitz noch immer auf ſich ſelbſt, und lediglich darauf beruht das rechtliche Daſeyn des Beſitzes.

CCXXV. Aber hat der Beſitz wirklich ein rechtliches Daſeyn? Unter den Interdicten, durch welche der Prätor Privatintereſſen ſchützt, kommen neben denen, welche die Nachweiſung eines Rechts an einer Sache, einer Perſon, einem Vermögen vorausſetzen, und bey welchen der Richter über die Exiſtenz dieſes Rechts zu urtheilen hat (quae proprietatis causam habent, quae rei persecutionem continent, quae iuris tuendi causa competunt), auch ſolche vor, bey denen es ſich

lediglich um die Ausübung eines dauernden öffentlichen, Familien- oder Vermögensrechts handelt, ſo daß dieſe das Interdict begründet, und von ihr die Entſcheidung abhängt: interdicta quae possessionis causam habent[a]). In dieſe Claſſe gehören auch die, welche den Beſitz des Klägers zu ihrem Grunde haben[a*]): die eigentlich poſſeſſoriſchen Interdicte[a**]). Sie haben den Zweck, theils einen gegenwärtigen Beſitz gegen Störung zu ſchützen, theils einen verlorenen Beſitz wiederzuverſchaffen, jene heißen retinendae, dieſe recuperandae possessionis[b]).

---

a) L. 2 §. 2 D. de interd. (43, 1) (Der rein poſſeſſoriſche Charakter der Interdicte iſt die Regel: unter den Interdicten zum Schutz der Ausübung eines Privatvermögensrechts (quae ad rem familiarem spectant) giebt es ſogar kein einziges petitoriſches: erſt wenn der Kläger über die Ausübung hinaus auch in der Reparatur geſchützt ſein will, muß er das Recht beweiſen. Dagegen ſind die Interdicte wegen Benutzung öffentlicher und kirchlicher Gegenſtände petitoriſch und bei den Interdicten zum Schutz der Familienrechte (quae ad rem familiarem pertinent in dieſem Sinne) liegt dieß ſogar ſchon in dem Namen: quae *iuris* tuendi causa competunt. Rudorff, Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XIII S. 239—241. R.)

*a**) (Verſchieden davon ſind die, welche beim Beklagten Beſitz vorausſetzen, z. B. quod legatorum nomine *possides*, Fragm. vat. §. 90. R.)

*a***) (Quintilian. I. O. VII. 5. in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse se, sed etiam nostrum possedisse docere debet. R.)

b) Bloß bey dieſen beiden Claſſen iſt der Beſitz Grund und Zweck oder Gegenſtand zugleich. Bloß Gegenſtand iſt er bey den interdicta adipiscendae possessionis, die einen Beſitz verſchaffen ſollen, den man noch nicht gehabt hat, die alſo nicht auf den Beſitz ſich gründen, durch welche nicht der Beſitz ſondern ein ſonſtiges Recht geſchützt wird (proprietatis causam habent) Gai. IV. 144—147. L. 2 §. 3 D. de interd. (43, 1). Eben ſo bey den Interdicten, die zwar nicht weſentlich vorausſetzen, daß der Kläger den Beſitz noch nicht gehabt hat (wie dieß bey den interdicta adipiscendae possessionis der Fall iſt), die vielmehr

Die interdicta retinendae possessionis haben den Zweck, den Beſitz aufrecht zu erhalten, der von dem Gegner angefochten wird. Die Anfechtung kann in einer materiellen Störung beſtehen, einer Handlung, wodurch der Beſitzer verhindert wird, etwas, wozu ihm der Beſitz die factiſche Macht giebt, mit der Sache vorzunehmen, oder wodurch der Handelnde ſelbſt etwas mit der Sache vornimmt, ohne jedoch jenem den Beſitz zu entziehen [c]). Aber auch ſchon das Beſtreiten des Beſitzes ohne irgend eine Thätlichkeit iſt eine Anfechtung, die das Interdict veranlaßt, dieſe letztere Veranlaſſung iſt ſogar die gewöhnliche [d]). Bey dem Streit über das Eigenthum hängt die Parteirolle von dem Beſitz ab, der gegenwärtige Beſitzer hat den Vortheil, Beklagter zu ſeyn, den Gegner trifft das onus petitoris. Wenn nun jede Partey darauf Anſpruch macht, ſo iſt dieſer Punkt vor allem zu erledigen. Nach dem älteſten Recht wurde darüber kein beſonderer Proceß geführt, der Prätor entſchied nach ſeinem Ermeſſen, ſpäter aber gab er das interdictum retinendae possessionis, dem zu Folge die Frage, wer Beſitzer ſey, in einem beſonderen Judicium entſchieden wurde; dieß war nach Ulpian der erſte Anlaß zur Einführung dieſer Interdicte [e]). Der Zweck, der mit dem Interdict verfolgt

---

auch die Wiedererlangung eines ſchon gehabten Beſitzes zur Folge haben (ſie heißen eben darum duplicia: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis, ſ. darüber §. 232 Note i), bey denen aber eben dieſes Moment, ob der Kläger ſchon einmal Beſitzer war, gleichgültig iſt, und die alſo ebenfalls den Beſitz nicht zu ihrem Grunde haben.

c) L. 3 §. 2—4 D. uti possid. (43, 17) L. 11 D. de vi (43, 16).

d) Daher bezeichnen die Römer die Veranlaſſung als possessionis controversiam fieri, und bringen auch die thatſächliche Störung unter dieſe Rubrik L. 3 §. 2 D. uti possid. (43, 17).

e) L. 1 §. 2. 3 D. uti possid. (43, 17). Daß der Prätor die Worte vim fieri veto in dieſen Interdicten gebraucht, deutet keineswegs auf einen andern Anlaß, und iſt daher kein Grund gegen die Richtigkeit jener hiſtoriſchen Behauptung. — Uebrigens muß man nicht glauben, daß weil bey der legis actio eine ſolenne Feſtſtellung des Beſitzes

wird, iſt ſtets die Anerkennung des Beſitzes, im Fall einer thätlichen Störung kommt dazu noch der Erſatz des dadurch verurſachten Schadens[f]).

Der Prätor hat ein doppeltes Interdict proponirt: für unbewegliche und bewegliche Sachen. Für den Beſitz an Grundſtücken iſt beſtimmt das interdictum uti possidetis[g]). Um in dieſem Proceß zu ſiegen, muß man gegenwärtiger Beſitzer ſeyn, aber dieß iſt noch nicht hinreichend, der Beſitzer muß auch nec vi nec clam nec precario von ſeinem Gegner beſitzen, d. h. er darf ſeinen Beſitz nicht von dem Gegner durch eines jener drey vitia possessionis überkommen haben: durch Gewalt gegen ihn, oder durch eine Verheimlichung ſeines Beſitzerwerbs vor, oder durch eine Ueberlaſſung des Beſitzes auf beliebigen Widerruf von ihm. Wenn nun eine der beiden Parteien als Be-

---

durch Deductio u. ſ. f. und das vindicias dicere geſchah (§. 161), die Anwendung des Interdicts hier ausgeſchloſſen geweſen wäre. Auch hier war das Interdict ſtatthaft, und nach ſeinem Erfolg beſtimmten ſich ſodann jene ſolennen Handlungen, die eben nichts anders als Solennitäten waren, worin früher das Ermeſſen des Prätors, ſpäter das Reſultat des Interdicts ſeinen förmlichen Ausdruck fand. Daher könnten ſehr wohl die interdicta retinendae possessionis ſchon zur Zeit des ausſchließlichen Verfahrens mit Legis Actiones entſtanden ſeyn.

f) Ueber das Verfahren bey dieſen Interdicten ſ. §. 169.

g) Bey Feſtus (v. possessio) lautet das Interdict: uti nunc possidetis *eum fundum* quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ut ita possideatis, adversus ea vim fieri veto; in L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17): uti *eas aedes* q. d. a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo, neque pluris quam quanti res erit, intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. (Ein drittes Formular: uti possidetis *eum locum* wurde bei Grundſtücken, die nicht Landgüter oder Häuſer ſind oder bei partes pro diviso gebraucht L. 60 D. de V. S. (50, 16) L. 1 §. 8 L. 3 §. 6 D. uti poss. (43, 17). Rudorff, Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XI S. 336. R.)

ſitzer befunden wird, aber mit einem jener Vitia gegenüber ihrem Gegner, ſo wird dieſem der Beſitz zuerkannt; ſo kann es geſchehen, daß der, welcher nicht gegenwärtiger Beſitzer iſt, in Folge des Interdicts als Beſitzer anerkannt wird, für ihn alſo das Interdict die Wirkung eines interdictum recuperandae possessionis hat. Dieß iſt eine Folge davon, daß die interdicta retinendae possessionis, wie ſchon aus ihrer Faſſung hervorgeht, beide Parteien als mögliche Beſitzer im Auge haben (ſie ſind duplicia in dieſem Sinn), jede Partey zugleich als Kläger und Beklagter behandelt, und der Beſitz jedem, der ſich als Beſitzer ausweiſt, zuerkannt werden ſoll[h]); der gegenwärtige Beſitz gilt nicht wegen des Vitiums, er wird ignorirt, dadurch wird der ihm vorhergehende Beſitz des Gegners der gegenwärtige[i]). — Für den Beſitz beweglicher Sachen iſt das interdictum utrubi beſtimmt[k]). Hier ſoll nach dem prätoriſchen Edict der gegenwärtige Augenblick nicht entſcheiden, der ſoll gewinnen, welcher in dem letzten Jahr von dem Anfang des Proceſſes rückwärts gerechnet, längere Zeit als ſein Gegner beſeſſen hat, ſo jedoch daß auch hier ein Beſitz, der vi, clam oder precario von der anderen Partey angefangen hat, nicht gilt; dagegen kann ſich jeder der Länge ſeines Beſitzes die des Beſitzes ſeines Vorgängers, von dem er ex iusta causa den Beſitz erhalten hat, zurechnen: es findet eine accessio possessionis Statt[l]). Was bey dem interdictum uti

---

h) Gai. IV. 160. L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17).

i) Man muß dieß nicht auf den Beklagten beſchränken, ſo daß bey dem Kläger ſchlechterdings der gegenwärtige Beſitz vorausgeſetzt würde, — dieß würde gerade der Natur der duplicia iudicia widerſtreiten, bey denen eben eine Partey wie die andere behandelt werden ſoll.

k) „Utrubi hic homo de quo agitur apud quem maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto“ Gai. IV. 160. L. 1 pr. D. utrubi (43, 31). (Aelteſte Spur bei Plautus Stichus V. 4, 14 — utrubi accumbamus? — abi tu sane superior. R.)

l) Gai. IV. 150—152.

possidetis aus der Natur der interdicta retinendae possessionis als duplicia folgte, daß man in Folge derſelben einen verlorenen Beſitz wieder erlangen kann, das iſt hier ſchon durch jene Zeitbeſtimmung gegeben; wer durch Gewalt, Heimlichkeit oder Precarium den Beſitz einer beweglichen Sache verloren hat, kann ſich den Beſitz durch das interdictum utrubi von dem widerrechtlichen Beſitzer, vorausgeſetzt daß dieſer noch beſitzt[m]), wiederverſchaffen, wenn er nur innerhalb eines Jahrs Gebrauch davon macht[n]). Jene Rückſicht auf den längeren Beſitz im letzten Jahr war ſchon vor Juſtinian abgekommen, und das Interdict wurde ganz eben ſo behandelt, wie das interdictum uti possidetis[o]).

Wir haben geſehen, daß wenn dem Beſitzer der Beſitz durch Gewalt oder heimlich entzogen worden iſt, oder wenn er ihn durch Precarium weggegeben hat, er innerhalb eines Jahrs ihn durch das interdictum retinendae possessionis ſich wieder verſchaffen kann. Nun finden wir aber noch eine beſondere Reihe von Interdicten, die von vorn herein dieſen Zweck haben, und daher interdicta recuperandae possessionis genannt werden: das interdictum de vi, de clandestina possessione, de precario. Worin lag die Veranlaſſung, dieſe Interdicte neben jenen zu proponiren, und waren ſie nicht überflüſſig, zumal da auch ſie (eines ausgenommen) auf ein Jahr be-

---

m) L. 3 §. 10 D. uti possid. (43, 17).

n) (Von dem interdictum uti possidetis gilt dieß nicht, allein dem cascellianum oder secutorium iudicium (§. 169) auf Reſtitution des Beſitzes oder quanti res est — Gai. IV. 166. L. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17) — ſteht nach Ablauf eines Jahrs die exceptio temporis entgegen. Auf dieſe Klage bezogen ſich urſprünglich die Edictsworte: neque pluris quam quanti res erit, intra annum (= neque post annum) — agere permittam Note g. Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. R. W. XI S. 359. 360. R.)

o) §. 4 I. de interd. (4, 15) L. 1 §. 1 D. utrubi (43, 31). Die letzte Stelle iſt ſichtlich interpolirt.

ſchränkt ſind? Ihr beſonderer Nutzen beruht theils auf einem ihnen allen gemeinſchaftlichen Umſtand, theils auf ſolchen, die einzelnen von ihnen eigenthümlich ſind. Von dieſen letzteren nachher. Jener allgemeine aber beſteht darin, daß die Wirkſamkeit des interdictum retinendae possessionis im Fall einer gewaltſamen ꝛc. Beſitzentziehung davon abhängt, daß der Beklagte die Sache noch beſitzt, während, auch wenn er den Beſitz jetzt nicht mehr hat, mit dem interdictum recuperandae possessionis die Reſtitution (dem Werth nach) von ihm gefordert werden kann.

Das interdictum de vi (oder unde vi) iſt dem beſtimmt, welcher des Beſitzes eines Grundſtücks gewaltſam entſetzt worden iſt[p]). Es geht gegen den, welcher dem Beſitzer durch eine unmittelbar gegen die Perſon gerichtete Gewalt (atrox vis) den Beſitz entzogen hat, mag dieſes Reſultat durch wirkliche Anwendung der Gewalt erreicht worden, oder der Beſitzer vor der wirklichen Anwendung gewichen ſeyn[q]). Die Anwendung der Waffen hat zur Folge, daß der Dejicirte das Interdict hat, auch wenn er vitiose von dem Beklagten beſeſſen hatte, das Interdict heißt dann de vi armata; nach juſtinianiſchem Recht fällt die exceptio vitiosae possessionis ab adversario auch bey der gewöhnlichen Gewalt weg, ſo daß zwiſchen dem interdictum de vi und de vi armata kein Unterſchied mehr

---

p) Aus Cicero pro Caec. 19. 30. 31. 32 pro Tullio 44 (vgl. Gai. IV. 154) ergiebt ſich folgende Faſſung im prätoriſchen Edict: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua, aut procurator tuus deiecit, quum ille nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum restituas. In L. 1 pr. D. de vi et de vi armata (43, 16) lautet es ſo: unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo. Nach intra annum oder vor tantummodo ſind die Worte quanti ea res erit ausgefallen. Vgl. Savigny Syſtem V Beil. XII. 4.

q) L. 1 §. 29 D. de vi (43, 16).

iſt [r]). Ob der Dejicient jetzt noch beſitzt, iſt gleichgültig [s]), und nicht bloß der Beſitz des Grundſtücks muß von ihm reſtituirt, ſondern auch die beweglichen Sachen, die ſich darauf zur Zeit der Dejection befanden [t]), können gefordert werden, wie auch die Früchte, nicht wie bey den andern Interdicten von der Zeit des Proceßanfangs, ſondern von der Zeit der Dejection an [u]). Nach einem Jahr giebt der Prätor noch eine actio in factum auf das was an den Beklagten durch ſeine Gewaltthat gekommen iſt, und dieſe Klage iſt es auch, die gegen die Erben des Dejicienten angeſtellt werden kann [v]). In jenem beträchtlichen Umfang deſſen, was mit dieſem Interdict zu erlangen iſt, liegt denn auch der beſondere Vortheil, den es vor dem interdictum uti possidetis voraus hat; die Beſchränktheit des letzteren vermochte den Prätor, als gewaltſame Entſetzungen häufiger wurden, neben ihm das ſelbſtſtändige interdictum recuperandae possessionis einzuführen [w]). Bey der vis armata kommt noch hinzu, daß dem Dejicirten die Fehlerhaftigkeit ſeines eigenen Beſitzes nicht ſchaden ſollte, wie es bey dem interdictum uti possidetis der Fall geweſen wäre; vielleicht iſt das Inter-

r) Der Zuſatz quum ille nec vi etc. possideret (Note p) wurde daher bey dem interdictum de vi armata nicht gemacht (Cic. pro Caec. 31, der dieß ſo zu wenden ſucht, als wenn bey dieſem Interdict gar nicht einmal Beſitz des Dejicirten erforderlich ſey, ohne Zweifel, weil dieß der ſchwache Punkt in der Sache ſeines Clienten war); in der Formel der Pandekten (Note p) iſt er auch für das gewöhnliche interdictum de vi weggelaſſen. Vgl. §. 6 I. de interd. (4, 15).

s) L. 1 §. 42 L. 15 D. de vi (43, 16).

t) L. 1 §. 33 sqq. D. eod.

u) L. 1 §. 40 D. eod.

v) L. 1 §. 48 L. 3 D. eod.

w) Die größere Beſchränktheit des interdictum retinendae possessionis machte ſich beſonders fühlbar bey unbeweglichen Sachen, wo durch die Dejection gewöhnlich noch manches andere mit verloren gieng, daher wurde das interdictum de vi nur bey dieſen gegeben L. 1 §. 6 D. de vi (43, 16).

dict zuerſt für dieſen Fall eingeführt, und dann erſt auf die gewöhnliche vis ausgedehnt worden.

Das interdictum de clandestina possessione, wegen heimlicher Entziehung des Beſitzes[x]), wird nur in einer einzigen Stelle erwähnt[y]), über den Anlaß ſeiner Entſtehung läßt ſich daher nichts ermitteln.

Das interdictum de precario iſt beſtimmt, dem, welcher durch ein Precarium aus dem Beſitz einer unbeweglichen oder beweglichen Sache gekommen iſt, indem er einen Andern auf Widerruf beſitzen läßt, denſelben wieder zu verſchaffen[z]). Der Beklagte iſt der, welcher die Sache precario habet, d. h. als eine, deren Beſitz nur auf jene Weiſe überlaſſen iſt, alſo mit dem Bewußtſeyn der factiſchen Uebereinſtimmung zwiſchen ihm und dem früheren Beſitzer, auf welcher ſein Beſitz beruht. Daher behaupteten Manche, es gehe nicht gegen den Erben des Empfängers[aa]), Andere dagegen ſahen über dieſe Conſequenz hinweg[bb]). Ob der Beklagte ſelbſt um die Ueberlaſſung der Sache gebeten hat, iſt gleichgültig[cc]), ja das Precarium läßt ſich ohne alle ausdrückliche rogatio denken, es kann auf einem ſtillſchweigenden Uebereinkommen beruhen[dd]). Dieſes Interdict iſt vielleicht das älteſte interdictum recuperandae possessionis. Die Veranlaſſung, einem Andern etwas ohne Präju-

---

x) Ueber den Begriff des clam possidere ſ. L. 6 pr. 40 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2).

y) L. 7 §. 5 D. comm. div. (16, 3). Ob Cicero agrar. III. 3 ein beſonderes interdictum recuperandae possessionis wegen Clandeſtinität meint, ſteht dahin.

z) „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas“ L. 2 pr. D. de precario (43, 26). Daß es urſprünglich auf Grundſtücke beſchränkt war, läßt ſich aus der Beſchreibung des Precariums bey Isidor. orig. V. 25, 17 nicht ſchließen. *aa*) Paul. V. 6, 12. Papin. L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Celsus L. 12 §. 1 D. de precar. (43, 26).

bb) Ulp. L. 8 §. 8 D. eod. Dioclet. L. 2 C. eod. (8, 9).

cc) L. 4 §. 2—4 D. eod. *dd*) Paul. V. 6, 11.

diz für unſere Rechte zu geſtatten, mit dem Vorbehalt beliebiger Zurücknahme der Erlaubniß, tritt häufig ein. Einer der gewöhnlichſten Fälle war bey den Römern der, daß der Gläubiger dem Schuldner das Pfand zum Beſitz und Genuß überließ (§. 247). Ein Rechtsgeſchäft war das Precarium nicht[ee]), verweigerte der Empfänger die Rückgabe, ſo wurde der Beſitzſtreit gegen ihn erhoben, das interdictum retinendae possessionis war aber namentlich hier ungenügend, es hätte innerhalb eines Jahres von der Verleihung an gerechnet angeſtellt werden müſſen, das war der Regel nach für beide Theile inconvenient. Darum proponirte der Prätor dieſes Interdict, das er eben darum, wodurch es ſich von den übrigen unterſcheidet, von der Beſchränkung auf ein Jahr befreite[ff]). Als ſich ſpäter die ſ. g. Innominatcontracte ausgebildet hatten, ſtellte man das Precarium unter dieſe Rechtsgeſchäfte, und geſtattete die actio praescriptis verbis[gg]), das Interdict als das herkömmliche Rechtsmittel blieb daneben beſtehen, obwohl es nun aufhörte, ein dringendes Bedürfniß zu ſeyn.

Durch alle dieſe Interdicte wird der Beſitz geſchützt, und zwar der Beſitz ſelbſt, in ſeiner unmittelbaren Geſtalt als factiſche Gewalt über eine Sache. Dadurch hat er eine rechtliche Exiſtenz erhalten, die ſich lediglich mit dieſem Factum verknüpft. Dieſe reine Aufnahme des Beſitzes unter die rechtlichen Zuſtände wird auch nicht dadurch getrübt, daß die rechtmäßige oder unrechtmäßige Entſtehung des Beſitzes einen Einfluß auf ſeinen Schutz hat. Die iniusta possessio, d. h. der Beſitz,

---

ee) Die Ueberlaſſung verlor dieſen Charakter, wenn die Rückgabe durch eine Stipulation verſichert ward L. 15 §. 3 D. de precario (43, 26).

ff) L. 8 §. 7 D. eod.

gg) Iulian. L. 19 §. 2 D. eod. Ulp. L. 2 §. 2 eod. Paul. V. 6, 10. Von dieſer Zeit an machte ſich vielleicht die Anſicht geltend, daß das Interdict auch gegen die Erben ſtattfinden müſſe, obwohl es noch immer Juriſten gab, die gegen die Erben ausſchließlich auf die actio verwieſen Note aa.

der vi oder clam oder precario erworben iſt, wird allerdings nicht gegen den geſchützt, von dem er durch eines dieſer drey vitia possessionis an den Beſitzer gelangte, aber abgeſehen davon giebt die iniusta possessio denſelben Anſpruch auf Schutz wie die iusta[hh]). Die Interdicte entſpringen aus der possessio, gleichviel ob ſie iusta oder iniusta iſt, nur wenn zwey Beſitzer gegen einander auftreten (ein ehemaliger und ein gegenwärtiger), von denen der eine von dem andern vitiose beſitzt, wird jener nicht geſchützt gegen dieſen[ii]).

So hat ſich das, was oben als bloße Möglichkeit aufgeſtellt worden iſt, um unter dieſer Vorausſetzung die rechtliche Natur des Beſitzes zu beſtimmen, es hat ſich die Behandlung des Beſitzes als ein Recht als wirkliche Thatſache ergeben, von welcher aus dem Begriff, der Erwerbung, dem Verluſt des Beſitzes ein unmittelbar rechtliches Intereſſe zukommt.

Juriſtiſcher Beſitz.

CCXXVI. Der Beſitz, als die factiſche Gewalt über eine Sache, enthält zwey Momente 1) einen körperlichen Zuſtand, das körperliche Verhältniß zur Sache, welches jene Gewalt, alſo die Möglichkeit gewährt, über die Sache factiſch vollkommen zu verfügen; 2) den auf die Sache gerichteten Willen; einem Bewußtloſen können wir keine Gewalt zuſchreiben, auch wenn das körperliche Verhältniß zur Sache exiſtirte, der Schlafende z. B. dem etwas zugeſteckt wird, beſitzt nicht, bis er davon Kenntniß erhält, und die Sache haben will. Dieſe beiden Elemente des Beſitzes werden von den römiſchen Juriſten mit

---

hh) L. 2 D. uti poss. (43, 17): iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

ii) L. 1 §. 9 D. eod.: — ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet, vincere. has enim possessiones non debere proficere palam est.

den Ausdrücken corpus und animus bezeichnet, der animus auch als affectio tenendi oder possidendi [a]).

Das Corpus kann inſofern verſchieden ſeyn, als verſchiedene körperliche Zuſtände, die uns in jene Lage verſetzen, ſich denken laſſen, es kann darin beſtehen, daß ich die Sache in der Hand halte, bey mir trage, daß ich ſie unter meinem Verſchluß habe, daß ich das Grundſtück betrete u. ſ. f. Aber dieß ſind nur verſchiedene Formen deſſelben Zuſtands, im weſentlichen iſt das Corpus d. h. jenes Verhältniß phyſiſcher Gewalt, immer daſſelbe. In Beziehung auf dieſes erſte Moment giebt es nicht verſchiedene Arten des Beſitzes.

Dagegen kann die factiſche Gewalt ſelbſt einen verſchiedenen Charakter annehmen nach der Verſchiedenheit des animus, mit welchem ich eine Sache habe, des factiſchen Willens, der zu jedem Beſitz gehört.

Zuerſt bietet ſich uns der Fall dar, daß der Wille des Beſitzers dem körperlichen Verhältniß vollkommen entſpricht. Dieſes ergreift ſtets die Totalität der Sache, es beſteht in ihrer vollſtändigen Unterwerfung, indem es die Möglichkeit gewährt, über ſie beliebig mit Ausſchließung Anderer davon zu verfügen. Der Wille entſpricht ihr, wenn er auf dieſe totale Macht über die Sache, wenn er darauf gerichtet iſt, die Sache völlig für ſich zu haben. Es iſt der auf die volle Herrſchaft über die Sache gerichtete Wille, er läßt ſich daher mit dem eines Eigenthümers vergleichen, und darum wird er von Theophilus ſehr paſſend ψυχὴ δεσπόζοντος genannt [b]). Dieſe

---

a) L. 3 §. 1 D. de adquir. poss. (41, 2): — apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore —. L. 1 §. 3 L. 3 §. 3 L. 41 eod.

b) Theophil. paraphr. instit. II. 9, 4. III. 29, 2. In den Ueberreſten der alten juriſtiſchen Literatur finden wir keinen entſprechenden Ausdruck für dieſen Willen, denn animus possidendi, affectio tenendi etc. ſind Worte, welche die Richtung des Willens auf die factiſche Unterwerfung der Sache überhaupt bezeichnen (Note a). Doch enthält der

Bezeichnung wird von unſeren Juriſten in dem Ausdruck animus domini für jenen totalen Willen nachgeahmt, nicht unpaſſend, nur darf man dabey weder an die Meinung noch an den Willen Eigenthümer zu ſeyn denken, noch ſelbſt an den Willen, als Eigenthümer zu gelten, denn es iſt möglich, daß ich mit jenem Willen beſitze, ohne irgend einen rechtlichen Grund (alſo auch nicht den, daß ich Eigenthümer ſey) dafür anzugeben; mit andern Worten: der Wille, von dem wir hier reden, iſt auf die totale factiſche Herrſchaft gerichtet, nicht nothwendig auf die totale rechtliche (das Eigenthum). Soll alſo der Ausdruck animus domini, um eine kurze Bezeichnung des Begriffs zu haben, zuläßig ſeyn, ſo muß man ſich darunter lediglich den auf die factiſche Gewalt gerichteten Willen vorſtellen, wie ihn ein Eigenthümer, wenn er ſeine Sache beſitzt, haben wird, alſo den factiſchen (nicht den auf das Eigenthum gerichteten) Willen eines Eigenthümers. Nur in dieſem Sinn können wir z. B. dem Dieb den animus domini zuſchreiben, nicht in dem Sinn, daß er der auf das Eigenthum gerichtete Wille wäre, denn dieſen kann der Dieb nicht haben, wenn er nicht verrückt iſt.

Es läßt ſich aber auch denken, daß jemand eine Sache ohne dieſen totalen Willen beſitzt, daß ſeine Abſicht nicht auf eine ſo vollſtändige Zueignung der Sache geht, ſein Wille alſo hinter der Totalität des körperlichen Verhältniſſes zurückbleibt. Dieß iſt der Fall, wenn jemand die Sache nur für einen beſchränkten, partiellen Zweck beſitzt. Der partielle Gebrauch indeſſen reicht allein nicht hin, um dieſe Beſchränkung des Animus erkennbar zu machen, denn auch bey einem totalen Willen kann der Beſitzer willkührlich ſich für jetzt auf eine partielle Verfügung über die Sache beſchränken, wie ja auch der Eigen-

---

Ausdruck *habere* possidere L. 49 §. 1 D. de adquir. poss. (41, 2) vgl. L. 188 pr. D. de V. S. (50, 16) eine Hindeutung darauf. Es iſt übrigens nicht wahrſcheinlich, daß Theophilus von ſelbſt auf jenen Ausdruck gekommen iſt.

thümer nicht immer alle Seiten, welche die Sache der Benutzung anbietet, wirklich und factiſch in Anſpruch nimmt. Jene Beſchränkung des Willens wird ſich nur dann mit Sicherheit darſtellen, wenn die Lücke, die ſie läßt, von dem Willen eines Andern eingenommen wird, durch deſſen Exiſtenz der Wille des Erſtern begränzt iſt. Der Beſitz ohne den totalen Willen wird dann anzunehmen ſeyn, wenn der Beſitzer den Beſitz mit dem animus domini bey einem Andern anerkennt, deſſen Beſitz er nur für gewiſſe beſondere Zwecke ausübt, ſo daß er alieno nomine beſitzt. Auf dieſe Weiſe beſitzt der Procurator, der vermöge Auftrags einen fremden Beſitz ausübt, der Pächter, der den ihm eingeräumten Beſitz zum Zweck der ihm überlaſſenen Benutzung im Namen des Verpächters hat, der Uſufructuar, der ebenſo den Eigenthümer als totalen Beſitzer der Sache anerkennt, der Commodatar, der Depoſitar u. ſ. f.

So haben wir zwey Arten des Beſitzes zu unterſcheiden 1) den Beſitz mit dem animus domini; 2) den Beſitz mit einem beſchränkten animus, ein ſolcher iſt ſtets der Beſitz in fremdem Namen.

Sehen wir nun von hier aus zurück auf den Schutz des Beſitzes durch die poſſeſſoriſchen Interdicte (§. 225), wodurch der Beſitz als ein Recht anerkannt wird, ſo finden wir, daß dieſer Schutz und dieſe Eigenſchaft nicht jedem Beſitz, ſondern nur dem Beſitz mit dem animus domini zukommt[c]). Und in der That, ſagen die römiſchen Juriſten, iſt nur dieſer Beſitz eigentlich possessio zu nennen, wer in fremdem Namen beſitzt,

---

c) Für dieſen Satz brauchen einzelne Stellen nicht angeführt zu werden, er iſt in den Titeln, die von dem Beſitz und den poſſeſſoriſchen Interdicten handeln, in vielfältigen Anwendungen ausgeſprochen. Für Ein Interdict, das interdictum de vi, läugnen ihn einige unſrer Juriſten, indem ſie es auch dem Beſitzer in fremdem Namen geben wollen; dieß iſt ein entſchiedener Irrthum. Vgl. darüber Savigny R. des B. S. 175 ff. 510 ff.

beſitzt eigentlich nicht, da er nur einen fremden Beſitz ausübt und unterſtützt[d]). Auch die Ableitung des Beſitzrechts aus dem Recht der Perſönlichkeit führt uns auf daſſelbe Reſultat. Es iſt die Perſönlichkeit des Beſitzers, die einen Schutz auch des factiſchen, in der Thatſache des Beſitzes ſich verkörpernden Willens erheiſcht, aber doch nur wenn der Wille das körperliche Verhältniß deckt, alſo dieſelbe Totalität hat, wie dieſes. Wer eine Sache ohne den animus domini innehat, deſſen Wille füllt den Körper des Beſitzes nicht aus, und giebt ihm daher auch für ſich keinen rechtlichen Gehalt.

Dieſer Beſitz mit dem animus domini alſo iſt es, der ein Recht iſt, wir nennen ihn daher den juriſtiſchen Beſitz, oder von dem Schutz, durch den er dieſes iſt, den Interdictenbeſitz; die Römer, wie bemerkt, nennen ihn ſchlechtweg possessio. Den Beſitz dagegen, der keinen Anſpruch auf die Interdicte giebt, und der denn auch nur das körperliche Verhältniß mit jenem gemein hat, das Innehaben der Sache, nennen wir natürlichen Beſitz, bloße Detention. Die Römer gebrauchen dafür die Ausdrücke: tenere, corporaliter tenere, in possessione esse[e]), auch naturalis possessio, inſofern mit dem Wort naturalis der Sinn von corporalis, die Hindeutung auf das körperliche Verhältniß ſich verbindet, welches auch bey der Detention eben ſo wie bey der possessio ſich findet[f]).

Wir ſind bisher, auch mit der Aufſtellung eines juriſtiſchen Beſitzes, in der Thatſache des Beſitzes ſelbſt noch nicht über das rein Factiſche hinausgegangen. Der juriſtiſche Beſitz hat rechtliche Wirkungen, die Interdicte, aber ſeine Elemente ſind etwas rein factiſches, auch von dem animus domini, der ihn von dem natürlichen Beſitz unterſcheidet, gilt dieß. Der be-

d) L. 18 pr. D. de adquir poss. (41, 2): — nec idem est possidere et alieno nomine possidere, nam possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium.

e) L. 10 §. 1 L. 24. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 9 D. de R. V. (6, 1). *f*) L. 3 §. 3 D. de adqu. poss. (41, 2).

ſitzende Dieb hat dieſen animus ebenſo gut als der beſitzende Eigenthümer. Dieß läßt ſich auch ſo ausdrücken: der juriſtiſche Beſitz, das Recht des Beſitzes, iſt unabhängig von dem Recht zu beſitzen, d. h. dem den Inhalt eines andern Rechts (z. B. des Eigenthums, einer Forderung ꝛc.) bildenden rechtlichen Anſpruch, den Beſitz zu haben (wenn man wirklich ſchon beſitzt) oder ihn zu bekommen (wo alſo das Recht zu beſitzen von dem Recht des Beſitzes getrennt iſt). Man hat die poſſeſſoriſchen Interdicte nicht, weil man das Recht hat zu beſitzen (wie dieß bey den interdicta adipiscendae possessionis der Fall iſt, welche eben darum nicht possessionis ſondern proprietatis causam haben), ſondern weil man beſitzt[g]). Ob mit einem vorhandenen Beſitz auch das Recht zu beſitzen ſich verbindet, das hängt von der causa possessionis ab, dem rechtlichen Grund, auf dem der animus possidendi, bey dem juriſtiſchen Beſitz alſo der animus domini beruht. Dieſe causa (der Titel des Beſitzes, wie ſie auch heißt) wird mit: pro — bezeichnet: wer als Grund ſeines Beſitzes das Eigenthum angiebt alſo eine Eigenthumserwerbsart anführt, der zu Folge er dann auch in den Beſitz gekommen ſey, beſitzt pro suo, und wenn dieſe Eigenthumserwerbung auf einem beſondern Rechtsgeſchäft oder Rechtsverhältniß z. B. Kauf, Schenkung, Legat, Dos, Erbrecht, beruht, wird dieſes genannt: Beſitz pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede. Iſt der angeblichen Eigenthumserwerbung kein ſolches Rechtsverhältniß vorausgegangen, wie dieß z. B. bey der Occupation einer herrenloſen Sache der Fall iſt, ſo wird bloß jener allgemeine Ausdruck: possessio pro suo gebraucht[h]). Den Mangel einer ſolchen Cauſa bezeichnen die Römer in derſelben Form, indem ſie ſagen: der Beſitzer beſitzt, weil er beſitzt, pro possessore

---

g) Daher: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat — L. 3 §. 5 D. de adquir. poss. (41, 2) vgl. §. 225 Note hh.

h) L. 1. 2 D. pro suo (41, 10). L. 3 §. 21 D. de adqu. poss. (41, 2).

possidet[i]). Die causa possessionis iſt eine rechtliche Thatſache, und ihre Beſtimmung hängt daher nicht von dem Willen des Beſitzers ab, ſo daß alſo, wer z. B. pro donato beſitzt, ſich nicht nach Gefallen eine andere Cauſa, die ihm vielleicht vortheilhafter wäre, wählen kann: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, nämlich ohne daß wirklich eine neue rechtliche Thatſache eintritt, wie dieß z. B. der Fall wäre, wenn er die ihm (vielleicht unwirkſam) geſchenkte Sache nachher wirklich kaufte[k]).

Die causa possessionis iſt kein Element des Interdictenbeſitzes (Note g); daß es für billig gefunden worden iſt, den iniustus possessor gegenüber dem, von welchem er iniuste beſitzt, nicht als Beſitzer gelten zu laſſen, macht keine Ausnahme, denn es liegt darin keineswegs die Forderung, daß er (auch nur in dieſem relativen Verhältniß) eine iusta causa haben müſſe. Dagegen bildet ſie ein wichtiges Moment bey einer andern Wirkung des Beſitzes, der nämlich, daß er durch ſeine Fortſetzung eine beſtimmte Zeit hindurch zum Eigenthum an der beſeſſenen Sache führt: der Uſucapion (§. 239). Die possessio ad usucapionem hat außer den Erforderniſſen des Interdictenbeſitzes noch das, daß ſie eine possessio pro suo ſeyn, daß ſie mit einer iusta causa (iustus titulus) und der Ueberzeugung, Eigenthümer dadurch geworden zu ſeyn (bona fides), angefangen haben muß, überdieß an einer uſucapionsfähigen Sache. Der Uſucapionsbeſitzer hat natürlich auch die poſſeſſoriſchen Interdicte, aber nicht als Uſucapionsbeſitzer, ſondern als possessor ſchlechtweg. Dagegen hat er als Uſucapionsbeſitzer ein anderes Rechtsmittel, die publiciana in rem

i) Pro possessore possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, — nec ullam causam possessionis possit dicere, wie der Dieb und Räuber L. 11 §. 1 L. 12. 13 pr. D. de H. P. (5, 3).

k) L. 3 §. 19 L. 19 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3).

actio, in der er als Eigenthümer fingirt wird (§. 233). Dieſer Beſitz tritt durch ſeine rechtliche Begründung und durch ſeine Wirkung aus der Sphäre des reinen Beſitzes heraus an die Seite des Eigenthums; in ſeiner Function als Grund jener Klage können wir ihn ſogar ſelbſt eine Art von Eigenthum nennen[l]).

---

l) Bey den Römern kommt der Ausdruck possessio civilis, civiliter (oder iure civili) possidere für eine Art des Beſitzes vor. (Nicht immer übrigens ſoll das Wort eine Art des Beſitzes bezeichnen; ſo heißt iure civili non possidere, civiliter possidere non posse in L. 38 §. 7 D. de V. O. 45, 1 eine Ausſchließung des Beſitzes aus Gründen, die im ius civile liegen). Nach dem ſonſtigen Sprachgebrauch der Römer (wie z. B. civilis obligatio, civilis cognatio) kann es kaum zweifelhaft ſeyn, daß darunter ein civilrechtlich wirkſamer, alſo gerade der Uſucapionsbeſitz verſtanden wird. Dieß wird denn auch durch einige unzweideutige Anwendungen beſtätigt. So wird von der vom Mann beſchenkten Ehefrau geſagt, ſie beſitze nicht iure civili L. 26 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), ſie hat nämlich keinen Uſucapionsbeſitz, weil die Schenkung ungültig iſt L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6), während ſie den Interdictenbeſitz hat L. 1 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 1 §. 9. 10 D. de vi (43, 16). Vgl. Savigny R. des B. §. 7. 10. Die früher gewöhnliche Meinung war: das Beiwort civilis gehe auf die Interdicte, alſo ſey Civilbeſitz jeder einfache Interdictenbeſitz. Von dieſer Meinung können ſich noch bis auf den heutigen Tag manche Juriſten nicht trennen (gegen einen neueren Verſuch ihrer Begründung ſ. Puchta de civili possessione disp. 1839). Es fehlt auch nicht an Solchen, die beides für richtig halten, indem ſie glauben, zuweilen wenigſtens heiße ſchon der einfache Interdictenbeſitz civilis possessio. Dieß ſoll hervorgehen aus L. 2 §. 1 D. pro herede (41, 5), wo geſagt wird: die Regel causam possessionis neminem sibi mutare posse gehe (in Beziehung auf die usucapio pro herede) nicht bloß auf die civilis ſondern auch auf die naturalis possessio. Unter der letzten verſteht der Juriſt hier die Detention, alſo, glaubt man, verſteht er unter der erſten ihren reinen Gegenſatz: die possessio ſchlechtweg, den Interdictenbeſitz. Dieß iſt nicht richtig. Der Juriſt ſieht hier von dem reinen Interdictenbeſitz ganz ab, weil er von der causa possessionis ſpricht, dieſe aber bey der reinen possessio nicht in Frage kommt. Daraus erklärt ſich auch umgekehrt, warum hier unter naturalis possessio im Gegenſatz zur civilis bloß die Detention gemeint iſt, während ſonſt naturalis in dieſem Gegenſatz alles

CCXXVII. Ueber den Urſprung des juriſtiſchen Beſitzes und ſeines Schutzes hat Niebuhr die Vermuthung aufgeſtellt, er ſey in den Verhältniſſen bey dem ager publicus zu ſuchen [a]). Dieſe Staatsländereien wurden größtentheils einzelnen Bürgern zu Genuß und Beſitz überlaſſen, ſo daß der Staat Eigenthümer blieb, und von den possessores eine Abgabe erhielt, ſolche Ländereien wurden daher ſelbſt possessiones genannt [b]). Die Form der Ueberlaſſung war in der älteſten Zeit, als noch die Patricier ausſchließlich zu dieſem Genuß berechtigt waren, die Occupatio auf Conceſſion des Staats, ſpäter pflegten ihn die Cenſoren durch locatio zu vergeben. Dieſe possessores ſeyen, glaubt man, durch die poſſeſſoriſchen Interdicte geſchützt worden, von dieſer urſprünglichen Anwendung aus ſeyen ſie dann ſpäter auf Privatgrundſtücke, ja zum Theil ſogar auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden. Dieſe Hypotheſe beruht auf keinem andern Grund als dem Wort possessio; jener Beſitz am ager publicus, und der Beſitz, für den die Anwendung der poſſeſſoriſchen Interdicte allein beglaubigt iſt, ſind ſo weſentlich verſchiedene Dinge, als ſie nur bey dem gemeinſchaftlichen Merkmal: Verhältniß zu Sachen, das nicht Eigenthum iſt, — ſeyn können. Jener Beſitz beruht auf einem rechtmäßigen Grund, der Verleihung durch den Staat, dieſer, der Interdictenbeſitz iſt von der causa unabhängig. Nirgends kommt denn auch eine Hindeutung auf Zuſammenhang der poſſeſſoriſchen Interdicte mit dem Ager publicus

---

bedeutet, was nicht civilis iſt, alſo auch den reinen Interdictenbeſitz. Dieſer heißt eben inſofern er kein Civilbeſitz iſt und alſo dieſem gegenüber geſtellt wird, naturalis possessio.

a) Niebuhr röm. Geſch. II. 2 Ausg. S. 161 ff. Weiter ausgebildet haben dieſe Hypotheſe, in verſchiedener Richtung, Savigny R. d. B. §. 12 a, und Huſchke über die Stelle des Varro ꝛc. Zugabe über Feſtus v. possessiones und possessio S. 75 ff.

b) Festus v. possessiones. Auf dieſen vulgären Sprachgebrauch bezieht ſich die Definition des Gallus Aelius: possessio est usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager Festus v. possessio.

vor, dagegen finden wir für dieſen ein ganz anderes Interdict, kein poſſeſſoriſches, welches zum Schutz ſeines Beſitzers eingeführt iſt, das interdictum de loco publico fruendo [c]). Dieß reicht allein ſchon hin, jene Hypotheſe unhaltbar zu machen.

Die Frage nach dem hiſtoriſchen Urſprung des Beſitzrechts kann nur den Sinn haben: welches war die Veranlaſſung, daß in dem römiſchen Bewußtſeyn die Anforderung der Perſönlichkeit, ſchon den factiſchen Willen des Rechtsfähigen, der ſich in der Unterwerfung einer Sache manifeſtirt, unabhängig vom Eigenthum und ſelbſtſtändig gegen daſſelbe eine Anerkennung finden zu laſſen, zum Durchbruch kam? Es handelt ſich dabey alſo nicht um die Fälle, wo der Beſitz ein Erſatz des bey gewiſſen Sachen oder für gewiſſe Perſonen unſtatthaften quiritiſchen Rechts war, alſo nicht von der possessio am ager publicus, und von dem Eigenthumsbeſitz der Peregrinen; es müſſen Fälle ſeyn, wo auch das Eigenthum möglich iſt, denn nur unter dieſer Vorausſetzung kann von einer Selbſtſtändigkeit des Beſitzes gegenüber demſelben die Rede ſeyn. Ferner nicht um den Uſucapionsbeſitz handelt es ſich, denn dieſer iſt kein rein factiſcher Zuſtand und ſteht daher nicht dem Eigenthum als ein weſentlich verſchiedenes Verhältniß gegenüber, er ſchließt ſich ihm vielmehr an. Zu einem Schutz aber des reinen Beſitzes gab es eine Veranlaſſung, die bis in die älteſten Zeiten, von denen wir Kunde haben, hinaufreicht, die Entſcheidung über die Parteirolle und über den Beſitz bis zu entſchiedener Sache bey dem Eigenthumsſtreit. Hier trat der Beſitz gegenüber dem noch unentſchiedenen Eigenthum als etwas ſelbſtſtändiges in das Bewußtſeyn, von hier aus bildeten ſich ſpäter die interdicta retinendae possessionis, aus denen dann auch die interdicta recuperandae pos-

c) „Quo minus loco publico quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit, sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto" L. 1 pr. D. de loco publ. fr. (43, 9). (Lex iulia municipalis: Tabula Heracl. lin. 73. 76. R.)

sessionis hervorgiengen, mit den beſonderen Veranlaſſungen, die oben erwähnt worden ſind (§. 225). Dieß iſt der natürliche Ausgangspunkt, von welchem aus das ganze Recht des Beſitzes in gleichmäßigem Wachsthum und ohne Sprünge ſich entfalten konnte, warum ſollen wir einen andern ſuchen? die ganze Beſitztheorie hält ſich in natürlichen Anſchauungen, warum ſollten wir uns nach einer künſtlichen Geſchichte für ſie umthun [d])?

Erwerb und Verluſt des Beſitzes.

CCXXVIII. Der Erwerb des Beſitzes beſteht in der Hervorbringung der beiden Elemente, die ihn bilden: des corpus und des animus (§. 226 a. A.) in einer Perſon. Der Beſitz iſt erworben, wenn die Perſon in das körperliche Verhältniß zur Sache gekommen, und auch ihr Wille auf den Beſitz gerichtet iſt (§. 226 Note a). Die Erwerbung fordert

1) von Seiten des corpus die gegenwärtige Möglichkeit ausſchließlicher Einwirkung auf die Sache, denn dieß iſt das

---

d) (Eine vermittelnde Meinung iſt neuerdings von Rudorff, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XI Num. 12 S. 338 aufgeſtellt worden. Sie nimmt die Anwendung auch auf die Poſſeſſio am Ager publicus nach Cic. agr. III, 2. 3 als ausgemacht an und bezieht das int. de loco publico fruendo nach L. 1 §. 1 D. de loco publ. fr. (43, 9) vgl. §. 245 Note l und m auf das Vectigal, deſſen Genuß die Cenſoren an Publicanenſocietäten verpachteten, ſo daß hier zweierley Interdicte neben einander beſtanden hätten: eins auf frui licere e lege locationis für die decumani, daneben die poſſeſſoriſchen für die aratores. Und da auf der andern Seite das Interdict mittite ambo hominem bey den Vindicien §. 161 von den Interdicten gegen Thätlichkeiten — Cic. Caecin. 12 praetor — aut vim *fieri* vetat, aut restitui *factam* iubet. Festus: Vindiciae appellantur — quod potius *dicitur* vis quam *fit* — unterſchieden wird, ſo iſt ſie geneigt, die Interdicte als abſolute, vermöge des Imperium erlaſſne Verbote der Gewalt gegenüber der Ausübung des Eigenthums aufzufaſſen und den Gebrauch bey dem Staatseigenthum, ſowie den zufälligen vor der Vindication (L. 1 §. 3 D. uti poss. 43, 17) nicht als Ausgangspuncte, ſondern als Anwendungen zu behandeln. R.)

körperliche Verhältniß das die natürliche Gewalt über die Sache bedingt. Dieſe Möglichkeit kann durch verſchiedene körperliche Zuſtände vermittelt werden, es kommt nur auf jenes Reſultat an, die Mittel, zu demſelben zu gelangen, ſind für den Beſitzerwerb gleichgültig. Als nächſtes Mittel bietet ſich dar: bey Grundſtücken das Betreten, bey beweglichen Sachen das Ergreifen mit der Hand [a]), aber dieſe körperliche Berührung iſt nicht nothwendig, da ſie nicht das ausſchließliche Mittel iſt, die körperliche Gewalt zu erlangen [b]). Die Sache kann in meine Gewalt kommen, ohne daß ich ſie berühre, ſo dadurch, daß ſie unter meiner Obhut iſt, z. B. unter meinem Verſchluß, in meinem Haus, oder ich befinde mich ihr zur Seite, und dadurch in der Lage, fremde Einwirkung abzuhalten. Daher wenn ich eine Sache, die mir übergeben werden ſoll, in mein Haus bringen heiße, bin ich in dem Augenblick des Vollzugs dieſer Weiſung Beſitzer geworden, eben ſo wenn mir der Schlüſſel zu dem Behältniß der Sache überliefert wird, vorausgeſetzt, daß dieß bey dem Behältniß geſchieht, denn außerdem würde der bloße Beſitz des Schlüſſels einen Andern nicht verhindern, mir durch Erbrechung ꝛc. des Behältniſſes zuvorzukommen, ferner wenn mir das Grundſtück von dem bisherigen Beſitzer gezeigt wird, mit der Erklärung, daß er den Beſitz an mich abtrete, ſo habe ich den Beſitz erworben, ohne es noch betreten zu haben [c]). Umgehrt iſt die bloße Berührung nicht immer hinreichend, uns in jenes körperliche Verhältniß zu verſetzen, z. B. das Betreten eines Grundſtücks, das im Beſitz eines Andern iſt, der mich vielleicht, ſo wie er mich bemerkt, herauswirft.

---

a) L. 3 §. 1 D. de adquirenda vel amittenda possessione (41, 2).

b) L. 1 §. 21 L. 51 D. eod.

c) L. 18 §. 2 D. eod. L. 74 D. de contr. emt. (18, 1). Eine auf ſolche Art ohne körperliche Berührung in Empfang genommene Sache wird in L. 79 D. de solut. (46, 3): quodammodo manu longa tradita genannt.

Den Act, wodurch das körperliche Verhältniß zur Sache hervorgebracht wird, nennt man Apprehenſion des Beſitzes. Sie kann durch den bisherigen Beſitzer vermittelt werden, indem er ſeinen Beſitz aufgiebt und damit die Apprehenſion des Beſitzes durch den Erwerber geſtattet und möglich macht; dieſe Handlung, die von der einen Seite in einer Ueberlaſſung, von der andern in einer Ergreifung des Beſitzes als eines überlaſſenen beſteht, heißt Tradition. Wo die Erwerbung des Beſitzes ohne ſolche Mitwirkung eines bisherigen Beſitzers geſchieht, heißt ſie Occupation. Die Tradition enthält nicht etwa eine Succeſſion in den Beſitz, eine ſolche giebt es nicht, die factiſche Natur des Beſitzes ſchließt ſie aus. Der Beſitz des Empfängers iſt nicht der des Tradenten, ſondern ein neuer, ſo gut als bey der Occupation. Allerdings liegt eine Succeſſion in der Tradition, aber dieſe betrifft nicht den Beſitz ſelbſt, ſondern das Recht, welches ſein Begleiter ſeyn kann, ſo das Eigenthum, welches mit dem Beſitz übergeht.

2) Von Seiten des animus iſt der entſchiedene auf die Sache und ihre Aneignung gerichtete Wille erforderlich. Wenn nun dieſer animus ſich durch die Apprehenſion gleichſam verkörpert, ſo iſt der Beſitz erworben. In der Regel wird der Wille der Apprehenſion vorhergehen, es iſt aber auch das umgekehrte Verhältniß möglich. So wenn jemand die Detention der Sache ſchon hat, wird der Beſitz erworben, ſo wie der Wille hinzukommt; man kann dieß in einem gewiſſen Sinn ſo bezeichnen, es werde solo animo der Beſitz erworben[d]). Nur muß das Hinzutreten des Willens erkennbar ſeyn, was irgend einen äußeren Act, der ihn ausdrückt, vorausſetzt; dieſer Act kann ein Rechtsgeſchäft ſeyn, kraft deſſen der Detinirende den animus domini annimmt. Darauf beruht der Be-

---

d) L. 3 §. 3 D. de adqu. poss. (41, 2): — solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio —.

ſitzerwerb durch das Rechtsgeſchäft, welches man brevi manu traditio genannt hat: eine Uebereinkunft zwiſchen dem bisherigen juriſtiſchen und natürlichen Beſitzer, nach welcher dieſer im Namen jenes zu beſitzen aufhören und von nun an in eignem Namen beſitzen ſoll; einer neuen Apprehenſion bedarf es nicht mehr von Seiten des letzteren, da er das, was er dadurch zu erlangen hätte, die körperliche Macht, ſchon hat[e]).

Da der Beſitz in der Verbindung des corpus und des animus beſteht, ſo muß er verloren werden, ſo wie eines dieſer Elemente wegfällt, und dadurch ihre Verbindung zerſtört wird. Er kann weder als bloßes corpus, noch als bloßer animus fortdauern, denn keines von beiden iſt für ſich der Beſitz[f]). Würde indeſſen zur Fortſetzung des Beſitzes die Fortdauer dieſer beiden Elemente in der Art gefordert, wie ſie bey der Erwerbung geſtaltet ſeyn müſſen, ſo wäre eine Dauer des Beſitzes unmöglich, wir würden z. B. den Beſitz in dem Augenblick verlieren, wo eine Sache uns aus den Gedanken kommt, unſer factiſcher Wille alſo nicht auf ſie gerichtet iſt; dadurch würde der Beſitz aufhören, ein praktiſches Inſtitut zu ſeyn. Darum iſt feſtgeſetzt, daß zu dem Verluſt des Beſitzes ein neuer Act gehört, durch den in Beziehung auf corpus oder animus das Gegentheil von dem Zuſtand eintritt, der in beiderley Hinſicht beym Erwerb erforderlich iſt: corpus oder animus in contrarium actus[g]). Animo wird der Beſitz verloren, nicht

---

e) L. 9 §. 5 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 9 §. 9 D. de reb. cred. (12, 1). *f*) L. 3 §. 6 L. 29. 44 §. 2 D. de adquir. poss. (41, 2).

g) L. 8 eod. L. 153 D. de R. I. (50, 17): Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Daß dieß nicht heißen kann, es müſſe beides zugleich weggefallen ſeyn, iſt gewiß; es liegt aber auch nicht in den Worten, da dem Zuſammenhang gemäß der Nachdruck nicht auf dem utrumque ruht.

ſchon durch die Nichtexiſtenz des animus possidendi, daher der Beſitzer, welcher wahnſinnig wird, den Beſitz behält, ſondern durch den Willen, den Beſitz aufzugeben, den animus non possidendi, daher ein Wahnſinniger nicht animo den Beſitz verlieren kann. Durch dieſen animus non possidendi aber geht der Beſitz verloren, wenn gleich das corpus fortdauert[h]). So kann dadurch der juriſtiſche Beſitz in einen natürlichen verwandelt werden, z. B. wenn ich das von mir beſeſſene Grundſtück verkaufe, aber in Pacht behalte, wodurch ich den animus domini aufgebe und fortan in fremdem Namen beſitze[i]). Corpore wird der Beſitz verloren, nicht ſchon dadurch, daß die gegenwärtige Möglichkeit auf die Sache einzuwirken wegfällt, alſo nicht ſchon durch die Entfernung des Beſitzers von der Sache, ſondern erſt wenn ihm die Möglichkeit der beliebigen Herſtellung jenes Zuſtandes entzogen iſt, ſey es indem ein Anderer ſich der Sache bemächtigt, oder die Sache ſelbſt ſich dem Bereich ſeiner Gewalt entzogen hat, oder verloren gegangen iſt, ſo daß ſie nicht mehr gefunden werden kann.

So lange nicht eines dieſer Ereigniſſe eingetreten iſt, wird der Beſitz fortgeſetzt. Daher iſt der Beſitz corpore nicht verloren, ſo lange die Sache noch in unſerer Cuſtodia iſt, wenn ſie gleich vielleicht nicht ſofort aufgefunden werden kann, hier dauert das corpus ſogar ganz in ſeiner urſprünglichen Geſtalt fort[k]). An wilden Thieren dauert der Beſitz, ſo lange ihre natürliche Freiheit durch eine äußere Anſtalt (Gefangenſchaft) oder durch eine Einwirkung auf ihre Seele (Zähmung) unterdrückt iſt, an gezähmten aus- und einfliegenden Vögeln und Bienen, ſo lange ſie die consuetudo revertendi haben[l]). Den Beſitz von Grundſtücken ſetzen wir auch in der Entfernung von

---

h) L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2).
i) L. 18 pr. D. eod.
k) L. 3 §. 13 D. eod.
l) L. 3 §. 14—16 D. eod.

ihnen fort, alſo gewiſſermaßen solo animo m). Dieß hat weiter auf den Satz geführt, daß der Beſitz eines Grundſtücks, weil er animo retinirt wird, auch nicht mit der bloßen Entziehung des corpus durch einen Andern (wodurch der Beſitz beweglicher Sachen ſtets aufgehoben wird) verloren gehen ſoll, erſt die hinzukommende Einwirkung auf das Bewußtſeyn des Beſitzers ſoll dieſe Folge haben. Wenn daher ein Anderer des Grundſtücks ſich bemächtigt, deſſen Beſitz der Beſitzer animo fortſetzt, ſo hat dieſer den Beſitz erſt verloren, wenn er die fremde Apprehenſion erfährt und ſich außer Stand ſieht, den Eindringling zu entfernen n).

Der Beſitz kann auch durch Repräſentanten fortgeſetzt werden, die im Namen des Beſitzers die Detention haben: Sclaven, Söhne, Procuratoren, Pächter u. ſ. f. Ein Sclave, wie der Herr durch ihn andere Sachen beſitzt, weshalb er auch durch einen Diebſtahl an dem Herrn dieſem den Beſitz nicht entzieht, beſitzt ſich auch gleichſam ſelbſt für den Herrn, daher der Beſitz an einem fugitivus servus (anders bey flüchtigen Thieren) fortdauert, bis ſich ein Anderer deſſelben bemächtigt o).

Von der Möglichkeit der Fortſetzung des Beſitzes durch Stellvertreter, die wohl ſtets angenommen worden iſt, da kein Grund war, dieſe Anſtalt, uns die factiſche Gewalt zu bewahren, im allgemeinen für weniger wirkſam zu achten, als andere z. B. die Cuſtodia durch Verſchluß der Sache, — war ein nicht unbedeutender Schritt zu der Möglichkeit, den Beſitz durch Repräſentanten zu e r w e r b e n.

Zuerſt iſt dieſer Erwerb angenommen worden durch Sclaven, vorausgeſetzt daß wir ſie beſitzen, der Beſitz an dem Sclaven ſoll den Beſitz an den Sachen, deren der Sclave ſich be-

---

m) L. 3 §. 11 D. eod.

n) L. 25 §. 2 L. 46 D. eod. L. 3 §. 7. 8 L. 6 §. 1 L. 7 eod.

o) L. 1 §. 14 L. 13 pr. 15. 47 D. eod.

mächtigt, nach ſich ziehen[p]). Das bloße Recht der Poteſtas iſt alſo zum Beſitzerwerb nicht hinreichend, und conſequent müßte es für dieſen gleichgültig ſeyn, ob der Beſitzer des Sclaven Eigenthümer iſt oder nicht. Aber es hat hier der Umſtand einen Einfluß gehabt, daß der Beſitz ein Recht iſt; darum iſt jener Beſitzerwerb durch den Sclaven unbeſchränkt allein dem beſitzenden Eigenthümer zuerkannt worden, dem Beſitzer eines fremden Sclaven nur, wenn er bonae fidei possessor iſt, und auch hier nur, wenn der Sclave entweder mittelſt des Vermögens des Beſitzers, ex re eius z. B. durch Kauf mit deſſen Geld, oder durch ſeine eigenen Kräfte, ex operis servi, erwirbt, worauf überhaupt der Erwerb des bonae fidei possessor beſchränkt iſt[q]). Auf dieſelbe Weiſe iſt der Erwerb von Rechten durch den Sclaven für den beſchränkt, der den Uſusfructus an ihm hat; ob dieſer aber in ſolchen Fällen auch den Beſitz durch den Sclaven erwerben könne, war nach dem Princip, von dem dieſer Erwerb abhängt, zu verneinen, denn der Uſufructuarius hat nicht die possessio des Sclaven[r]). Man gab indeſſen dem Bedürfniß nach, und ließ den Erwerb des Beſitzes zu, um die Vortheile des Nießbrauchs nicht unnöthig zu ſchmälern[s]).

---

p) L. 15. 50 §. 1 D. eod. Durch die Entſtehung des Proceſſes über die Freiheit wird Beſitz und Erwerb ſuſpendirt, die Beurtheilung dieſes proviſoriſchen Zuſtandes hängt von dem Ausgang des Rechtsſtreits ab L. 25 §. 2 D. de lib. causa (40, 12) L. 3 §. 10 D. de adqu. poss. (41, 2). S. oben §. 221.

q) Gai. II. 94. §. 4 I. per quas pers. adqu. (2, 9) L. 1 §. 6 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 21 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Daſſelbe gilt von dem b. f. possessor eines freien Menſchen, ſ. d. ang. Stellen.

r) Gaius a. a. O. erwähnt dieſen Punkt als einen controverſen.

s) L. 1 §. 8 L. 49 pr. D. de adqu. poss. (41, 2). In der letzten Stelle giebt Papinian auch den Grund an: der Uſufructuar ſey doch wenigſtens Detentor des Sclaven (dieſer Grund iſt nicht entſcheidend)

Perſonen, die in unſerer patria potestas, manus oder mancipium ſind, beſitzen wir nicht; wir erwerben Rechte durch ſie, aber ſtreng genommen nicht den Beſitz. Auch hier jedoch iſt man über jene Conſequenz aus demſelben Grund hinausgegangen, am früḧſten bey der patria potestas [t]).

Wie es nun endlich auch dazu gekommen iſt, daß der Beſitzerwerb durch freie Mittelsperſonen (die es durch Auftrag oder Amt ſind) zugelaſſen ward, iſt ſchon an einem andern Ort (§. 203) dargeſtellt worden. Es iſt nur übrig die Art und Weiſe dieſes Erwerbs ſelbſt näher anzugeben; dieſe aber beruht auf zwey Punkten: auf dem was von Seiten des Repräſentanten, und dem, was von Seiten des Erwerbers erforderlich iſt.

Die körperliche Seite der Beſitzerwerbung, die Apprehenſion, fällt ganz auf die Perſon des Repräſentanten; indem wir durch Repräſentanten erwerben, erwerben wir corpore alieno den Beſitz. Die Apprehenſion ſchließt auch einen auf die Sache gerichteten Willen in ſich [u]), aber der Wille des Repräſentanten muß darauf gerichtet ſeyn, dem von ihm Repräſentirten zu erwerben, will er für ſich oder für einen Dritten erwerben, ſo wird jener nicht Beſitzer [v]). Dieß gilt nicht bloß von freien, ſondern auch von unfreien Repräſentanten [w]). Nur

---

und — plurimum ex iure possessio mutuatur d. i. der Umſtand, daß der Beſitz ein Recht iſt, modificirt auch ſonſt in einzelnen Punkten die Conſequenz aus ſeiner factiſchen Natur.

t) Gai. II. 90 erwähnt den Beſitzerwerb bey der manus und dem mancipium noch als ſtreitig, bey der potestas (II. 89) ſtellt er ihn als unzweifelhaft dar.

u) L. 1 §. 9. 10 D. de adqu. poss. (41, 2): — si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem.

v) Nur bey der Tradition iſt eine Ausnahme: der Wille des Tradenten, dem Dominus den Beſitz zu geben, kann die entgegengeſetzte Abſicht des Procurators erfolglos machen L. 13 D. de donat. (39, 5).

w) L. 1 §. 19. 20 D. de adqu. poss. (41, 2).

ſchadet bey den letzteren nicht die Abſicht, ſelbſt Beſitzer zu werden, ſofern ſie bey ihnen ohne Wirkung iſt[x]).

Der Erwerber muß den Willen haben, Beſitzer zu werden, in dem animus alſo findet keine Vertretung Statt[y]). Dieſer Wille drückt ſich aus in dem Auftrag oder Befehl an den Repräſentanten, ja wenn der Herr oder Vater dem Sclaven oder Sohn ein Peculium gegeben hat, ſo reicht zu dem Beſitzerwerb für dieſes Peculium ſchon der allgemeine Wille hin, der in deſſen Verleihung liegt. Der Repräſentirte braucht weder dort die Ausrichtung ſeines Auftrags oder Befehls erfahren zu haben, noch hier überhaupt von dem ſpeciellen Erwerb etwas zu wiſſen; er wird Beſitzer im Augenblick der Apprehenſion durch den Repräſentanten, inſofern kann man ſagen: ignoranti possessio adquiritur[z]). Bey Vormündern gilt ihr Amt ſtatt des Auftrags[aa]), und juriſtiſchen Perſonen iſt der Beſitzerwerb ebenfalls dadurch möglich, daß ihre Repräſentanten den ihnen natürlich fehlenden animus possidendi erſetzen[bb]).

Die Möglichkeit des Beſitzerwerbs durch freie Stellvertreter kann unter Umſtänden der Tradition eine einfachere Geſtalt

---

x) Sonſt hätte man nicht den Satz aufſtellen können, daß man durch einen servus fugitivus Beſitz erwerbe (Note o), denn ein ſolcher wird nie die Abſicht haben, ſeinem Herrn, dem er entlaufen iſt, etwas zu erwerben.

y) Paul. V. 2, 1: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno Vgl. L. 3 §. 12 D. de adqu. poss. (41, 2).

z) L. 13 pr. D. de adqu. dom. (41, 1) L. 1 §. 5 L. 42 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2). Nur ad usucapionem beſitzt der Erwerber erſt von der Zeit an, wo er die Apprehenſion in Erfahrung gebracht hat, wir uſucapiren nicht ignorantes, die Erwerbung für ein Peculium macht aber auch hier eine Ausnahme L. 47 D. de usurp. (41, 3) L. 2 §. 11 D. pro emt. (41, 4) L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32).

aa) L. 1 §. 20 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 13 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

bb) L. 1 §. 22 L. 2 D. de adqu. poss. (41, 2).

geben. Wenn der juriſtiſche Beſitzer einem Andern den Beſitz überliefern, aber in dem natürlichen Beſitz z. B. als Pächter des Empfängers bleiben will, ſo braucht er die Sache nicht herauszugeben, um ſie dann wieder zur Detention zurückzuerhalten; er hat tradirt, indem er erklärt, daß er von nun an im Namen jenes beſitzen wolle. Er erwirbt für dieſen als deſſen Repräſentant den Beſitz, nur nicht von einem Dritten, ſondern von ſich ſelbſt[cc]).

Möglichkeit des Beſitzes.

CCXXIX. Der Beſitz iſt für manche Perſonen und an manchen Sachen nicht möglich, theils aus Gründen, die in ſeiner factiſchen Natur liegen, theils darum, weil er in ſeiner an ſich rein factiſchen Geſtalt doch zugleich die Eigenſchaft eines Rechts angenommen hat[a]).

Um ſeiner factiſchen Natur willen iſt der Beſitz ausgeſchloſſen

1) für alle Perſonen, die des natürlichen animus possidendi nicht fähig ſind, alſo juriſtiſche Perſonen, Wahnſinnige, und Kinder, denen der auf Aneignung gerichtete Wille noch nicht beigelegt werden kann[b]). Die natürliche Unfähigkeit

---

cc) L. 18 pr. D. eod. L. 77 D. de R. V. (6, 1). Man pflegt dieſe Tradition constitutum possessorium zu nennen, der Vorgang iſt dem bey der brevi manu traditio entgegengeſetzt, bey dieſer verwandelt ſich der natürliche Beſitzer in einen juriſtiſchen, bey jenem der juriſtiſche in einen natürlichen.

a) Dieſe Zwitternatur des Beſitzes drücken folgende Sätze aus: eam enim rem (der Beſitzerwerb) facti non iuris esse L. 1 §. 3 D. de adqu. poss. (41, 2); possessio plurimum facti habet L. 19 D. ex qu. caus. mai. (4, 6); plurimum ex iure possessio mutuatur L. 49 pr. D. de adqu. poss.; possessio non tantum corporis, sed et iuris est L. 49 §. 1 eod.; vgl. auch L. 29 eod.

b) L. 1 §. 3 D. eod. Die Unfähigkeit der Kinder iſt eine rein natürliche, die ſich darauf gründet, daß ſie, wenn auch nicht willenlos, doch nicht der affectio tenendi, des Willens der Aneignung fähig

zu beſitzen iſt indeſſen im Recht durch die beſondere Ausdehnung des Beſitzes durch Stellvertreter bey ihnen gehoben (§. 228 Note aa und bb).

2) an Gegenſtänden, woran eine körperliche Bemächtigung nicht möglich iſt, daher unkörperliche Dinge nicht beſeſſen werden können[c]); bey den ſ. g. universitates rerum distantium (§. 222) werden daher nur die Theile, nicht das unkörperliche Ganze beſeſſen[d]).

3) Die körperliche Gewalt läßt ſich aber auch an einer körperlichen Sache nicht ſo denken, daß ſie Mehreren zugleich an der ganzen Sache zugeſchrieben werden könnte. Daraus folgt, daß plures eandem rem in solidum possidere non possunt[e]). Es iſt auffallend, daß über dieſen natürlichen Grundſatz ein Streit unter den römiſchen Juriſten beſtand. Trebatius hatte behauptet, allerdings könnten nicht zwey dieſelbe Sache gleichzeitig iuste oder iniuste beſitzen, wohl aber einer iuste, der andere iniuste alſo vi oder clam oder precario, Sabinus billigte dieß inſonderheit bey dem Precarium[f]), und eben ſo behauptete Pomponius, daß der Empfänger des Precariums beſitze, aber doch auch der Geber, da man nicht ſagen könne, er habe den Beſitz aufgegeben[g]). Die Meinung des

---

ſind, was einen gewiſſen Grad von Einſicht in den Werth und die Beſtimmung der Güter vorausſetzt.

c) L. 3 pr. D. eod.

d) L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3).

e) Paul. L. 3 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2): — contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris —— non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Daß natürlicher und juriſtiſcher Beſitz neben einander beſtehen können, iſt keine Ausnahme, denn der natürliche Beſitzer übt nur einen fremden Beſitz aus, alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. auch noch Note x.

f) L. 3 §. 5 cit.

g) L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26).

Trebatius beſtritt Labeo (Note f), wie es ſcheint auch Celſus[h]), entſchieden Paulus (Note e). Das Verhältniß Ulpian's zu dieſer Controverſe iſt zweideutig[i]). Von einer Anwendung jener Theorie auf die Uſucapion, alſo von der Behauptung daß die violenta, clandestina oder precaria possessio eines Andern die Uſucapion nicht unterbreche, findet ſich keine Spur, ſie iſt auch durchaus unwahrſcheinlich. Eine zweite mögliche Anwendung wäre die auf die Uebernahme der Eigenthumsklage, zu welcher der iustus possessor ungeachtet der fremden iniusta possessio verpflichtet geweſen wäre[k]). Die einzige Anwendung, die in unſeren Quellen wirklich vorkommt, iſt die auf die Interdicte[l]) und hier wird uns auch der Urſprung der Theorie erklärlich. Bey dem interdictum retinendae possessionis verliert der, welcher von dem Gegner iniuste beſitzt; wir haben geſehen (§. 225), daß daher und vermöge der Duplicität dieſer Interdicte der frühere Beſitzer gegen den, der ihm den Beſitz vi etc. entzogen hat, als Kläger mit jenem Interdict wirkſam auftreten kann; inſofern konnte man ſagen, er retinirt den Beſitz, denn er ſiegt mit dem interdictum retinendae possessionis. Daraus entſtand die Anſicht des Trebatius: der iniustus possessor iſt Beſitzer, nach natürlicher Anſchauung, aber auch zu gleicher Zeit der iustus, denn er hat das interdictum retinendae possessionis. Dieß konnte an

---

h) Bey Ulpian. L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6).

i) Nach L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17) iſt das Wahrſcheinliche, daß er zur Meinung des Trebatius ſich hinneigte, die Note h citirte Stelle entſcheidet nicht für das Gegentheil, weil da bloß die Regel erwähnt wird, ohne Rückſicht auf die etwaige Ausnahme, endlich L. 13 §. 7 D. de adqu. poss. (41, 2) läßt ſich auch nach jener Meinung erklären.

k) Wenn nicht durch die Beſtimmung des Beklagten von Ulpian L. 9 D. de R. V. (6, 1): puto autem, ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse, gerade dieſe Anwendung jener Theorie ausgeſchloſſen werden ſollte.

l) Ulpian. L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17).

ſich bloß als ein beſonderer Ausdruck für einen ganz richtigen Satz gelten, aber der Ausdruck war falſch, weil jenes Verhältniß des ehemaligen Beſitzers nur ganz relativ iſt. Es war zu befürchten, daß das falſche Wort auch falſche Sätze gebären würde, und dieß war wirklich der Fall. Man kam dahin, den ehemaligen Beſitzer auch abſolut als gegenwärtigen zu behandeln, daher auch gegenüber von Anderen, man gab ihm das Interdict auch gegen Andere, und gelangte ſo zu der Entſcheidung, die wir bei Ulpian (Note l) finden: wenn ſich bei dem Interdict ergiebt, daß beide Theile Beſitzer ſind, der eine iustus, der andere iniustus possessor, und der letzte beſitzt nicht von dem erſten, ſo wird keiner unterliegen d. h. alſo der Richter kann zwiſchen ihnen nicht entſcheiden[m]).

4) Die Ausſchließlichkeit des Beſitzes, von der eben die Rede war, ſteht dem Beſitz Mehrerer an derſelben Sache nicht entgegen, wenn jeder ſich auf einen Theil derſelben beſchränkt. Es fragt ſich aber, ob nicht andere Gründe dieſem Beſitz von Theilen entgegenſtehen. Die Theile können vor allem ideelle ſeyn, Mehrere beſitzen hier pro indiviso (§. 222), ſie ſind Mitbeſitzer. Im corpus tritt dieſe Theilung nicht hervor, weil ſie eine unkörperliche iſt, ſie beruht auf dem animus, der bei jedem dieſer Beſitzer nur auf einen quoten Theil der Sache gerichtet iſt. Dieß ſetzt aber voraus, einmal daß ſolche Theile durch ein rechtliches Ereigniß (z. B. durch einen gemeinſchaftlichen Kauf, oder eine ſonſtige Erwerbung, zu der ſich Mehrere vereinigt haben) gegeben ſind, und ſodann, daß der Erwerber

m) Vergleichen wir mit dieſer Controverſe den oben vorgetragenen Satz, daß der Beſitz eines Grundſtücks nicht heimlich und ohne Wiſſen des bisherigen Beſitzers (oder ſeines Repräſentanten) erworben oder verloren wird (§. 228 Note n), ſo finden wir, daß er damit nicht weſentlich zuſammenhängt. Zwar daß der Beſitz für den bisherigen Beſitzer nicht verloren geht, iſt für die Anhänger der Anſicht des Trebatius nichts beſonderes, aber daß der Apprehendent ihn nicht erwirbt, iſt auch für ſie eine Singularität.

einen beſtimmten Theil im Sinne habe[n]). Die Theile, welche Mehrere an der Sache beſitzen, können ferner körperliche ſeyn, ſie beſitzen hier die Sache pro diviso. Dieß ſetzt voraus, daß die Theile eine ſelbſtſtändige Exiſtenz erhalten können, und auch wirklich durch den Beſitz erhalten, wenn auch noch ein körperlicher Zuſammenhang unter ihnen beſteht[o]). Daher iſt der Beſitz unmöglich an integrirenden Theilen (§. 222), es kann z. B. niemand das Gebäude ohne den Boden, worauf es ſteht, beſitzen[p]). Ueberhaupt aber kann ferner keine bewegliche Sache von Mehreren pro diviso beſeſſen werden, denn die Verbindung jedes Theils mit dem andern macht die factiſche Gewalt über ihn beſonders ohne die übrigen unmöglich. Bey Grundſtücken dagegen iſt die Beſitznahme eines einzelnen Platzes oder Strichs möglich, ein Grundſtück alſo kann von Mehreren pro diviso beſeſſen werden[q]).

5) Eine andere Frage iſt, ob der Beſitzer des Ganzen auch

---

n) L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2): — incerta autem pars neque tradi neque capi potest, velut si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est, potest. (Dieſer Satz ſteht mit der Unſtatthaftigkeit einer incertae partis vindicatio in Verbindung. §. 165 f*. R.)

o) Wo dieſer nicht exiſtirt, alſo bey den körperlichen Theilen eines unkörperlichen Ganzen, werden ohnedieß nur die Theile beſeſſen, Note d.

p) L. 15 §. 12 D. de damno inf. (39, 2) vgl. Savigny R. d. B. S. 302 Note 4.

q) L. 8 in f. D. de R. V. (6, 1) L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2). Man kann freilich ſagen, die Verbindung iſt hier ſchon aufgehoben; es ſind aus einem Grundſtück mehrere Grundſtücke geworden, die (in Beziehung auf den Beſitz — in anderer Beziehung kann es allerdings anders ſeyn) nicht mehr ein Ganzes bilden, nicht mehr zuſammenhängen, ſondern nur an einander ſtoßen, wie dieß bey allen angränzenden Grundſtücken der Fall iſt. So ſteht im Grunde dieſer Fall dem gleich, wenn jemand ein Stück von einer beweglichen Sache abreißt und in Beſitz nimmt, es hört dadurch auf, Theil der Sache zu ſeyn, der Beſitzer des abgeriſſenen Stücks und der Beſitzer der zurückgelaſſenen Theile ſind nicht Beſitzer der Sache pro diviso.

als Beſitzer der Theile betrachtet werden kann (wiederum abgeſehen von integrirenden Theilen). Von Seiten des corpus ſteht nichts entgegen, einen Stein z. B., der in das von mir beſeſſene Haus eingefügt iſt, habe ich gewiß nicht weniger in meiner körperlichen Gewalt, als wenn er loſe auf meinem Hofe liegt. Was dagegen den animus anlangt, ſo könnte allerdings der Wille deſſen, der das Ganze in Beſitz nimmt, auch auf die einzelnen Theile beſonders gerichtet ſeyn, aber dieſer Wille iſt nicht erkennbar, da das Corpus ſtets auf das Ganze ſich erſtreckt. Daher beſitzt der, welcher eine Sache apprehendirt, ſtets nur das Ganze, nicht die einzelnen Theile beſonders, ſo lange ſie in der Verbindung ſtehen, die ſie zu bloßen Theilen des Ganzen macht[r]). Anders wenn der Beſitzer des Ganzen eine Sache, die jetzt Theil deſſelben iſt, ſchon vor ihrer Verbindung beſeſſen hatte, und ſie ſelbſt erſt in das von ihm beſeſſene Ganze z. B. den Stein oder Balken in das Haus, eingefügt hat. Durch dieſe Einfügung verliert er den Beſitz nicht, weder corpore, denn er hat die Sache noch immer in ſeiner Gewalt, noch animo, denn er hat nicht den animus non possidendi; dieß alſo iſt der Fall, in welchem der Beſitzer des Ganzen auch den Theil im Ganzen beſitzt[s]).

In gewiſſen Fällen iſt der Beſitz um ſeiner rechtlichen Natur willen ausgeſchloſſen; eine vollſtändige körperliche Gewalt über die Sache mit dem factiſchen Willen der vollſtändigen Aneignung wird hier aus rechtlichen Gründen nicht als juriſtiſcher Beſitz behandelt:

1) Wer in einer fremden Gewalt (potestas, manus, man-

---

r) L. 23 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4).

s) L. 30 §. 1 D. de usurp. (41, 3). In L. 7 §. 1 D. ad exhib. (10, 4) wird für einen ſolchen Fall: si rotam meam vehiculo aptaveris, die Nichtexiſtenz des Uſucapionsbeſitzes ausgeſagt, aber nicht aus Gründen, die den Beſitz ſelbſt betreffen.

cipium) ſteht, die ihn — überhaupt oder für gewiſſe Fälle — der Fähigkeit, Vermögensrechte zu haben, beraubt, der kann in ſo weit auch keinen juriſtiſchen Beſitz haben, ſein Beſitz (z. B. der des Sclaven, des Filiusfamilias) iſt nur Detention[t]).

2) Sachen, die dem Commercium entzogen ſind, ſind auch nicht Gegenſtände des juriſtiſchen Beſitzes[u]).

Wenn in dieſen Fällen, wo natürlich betrachtet Beſitz beſtünde, rechtlich keiner angenommen wird, ſo giebt es umgekehrt ſolche, wo um ſeiner rechtlichen Natur willen ein Beſitz exiſtirt, der vom rein natürlichen Standpunkt aus geläugnet werden müßte.

So müßte, wenn ein Pupill den animus non possidendi hat, der Beſitz für ihn eben ſo gut verloren ſeyn, als wenn er ohne ſeinen Willen corpore den Beſitz verliert. Da er aber kein Recht ohne Autorität des Tutors aufgeben kann, ſo kann er auch den Beſitz nicht ohne dieſe Autorität animo verlieren, er wird alſo ungeachtet ſeines animus non possidendi noch immer als Beſitzer behandelt, obgleich er natürlich betrachtet aufgehört hätte, es zu ſeyn[v]).

Ein zweiter Fall iſt, daß manche Perſonen als juriſtiſche Beſitzer gelten, die den animus domini, den Willen vollſtändiger Zueignung der Sache nicht haben. Wer den Beſitz einer Sache zu dem Zweck überkommt, um ſie für den noch ungewiſſen Berechtigten aufzubewahren, alſo z. B. bis zur Entſcheidung des Rechtsſtreits, der zwiſchen zwey Andern über das Eigenthum geführt wird, der würde natürlich betrachtet nur Detentor in fremdem Namen ſeyn, der animus domini fehlt ihm ganz. Nun kann aber eine ſolche Sequeſtration, wie jenes Geſchäft heißt, gerade zu dem Zweck beliebt worden

---

t) L. 30 §. 3 L. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2).
u) L. 30 §. 1. 3 D. eod. *v*) L. 29 D. eod.

ſeyn, um den bisherigen Beſitz der ſtreitenden Partey zu unterbrechen, dieß ſetzt voraus, daß der Sequeſter juriſtiſcher Beſitzer werde; darum iſt die Uebertragung des juriſtiſchen Beſitzes an ihn möglich gemacht worden[w]). — Der Gläubiger, dem eine Sache überliefert wird, damit er ſie zur Sicherheit ſeiner Forderung beſitze, und kommenden Falls durch ihren Verkauf ſich befriedige, beſitzt dieſes Pfand (Fauſtpfand) nicht mit dem animus domini, ſein Wille iſt auf einen ganz partiellen Zweck beſchränkt, natürlich betrachtet würde er nur die Detention im Namen des Verpfänders haben, wie z. B. ein Commodatar, dem die Sache zu einem gewiſſen Gebrauch übergeben iſt, oder wie ein Uſufructuarius u. ſ. f. Nun ſoll ihm aber der Beſitz eine Sicherheit gewähren, dieß kann er vollſtändig nur, wenn er ſelbſt ihm geſichert, alſo wenn es ein durch die Interdicte geſchützter Beſitz, und dieſer ſomit dem Verpfänder entzogen iſt. Darum iſt die Möglichkeit angenommen worden, durch jenen Pfandcontract den juriſtiſchen Beſitz zu übertragen[x]).

Sequeſter und Fauſtpfandgläubiger haben einen juriſtiſchen Beſitz, der bloß auf Uebertragung beruht, welcher utilitatis causa in dieſen Verhältniſſen dieſe Wirkung zugeſtanden

---

w) L. 17 §. 1 D. depos. (16, 3) L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2).

x) L. 16 D. de usurp. (41, 3). Nur iſt als eine weitere Singularität feſtgeſetzt, daß der Verpfänder in Beziehung auf die Uſucapion als fortbeſitzend gedacht, alſo ſeine Uſucapion nicht als durch jene Beſitzüberlieferung unterbrochen angeſehen werden ſoll L. 16 cit. L. 36 D. de adqu. poss. (41, 2). Dieß iſt im Intereſſe des Gläubigers ſelbſt angenommen, deſſen Pfandrecht von dem Eigenthum ſeines Verpfänders abhängt; außerdem würde der Beſitz, der den Gläubiger ſichern ſoll, das Mittel werden können, die Sicherung des Eigenthums durch Uſucapion zu verhindern, und damit zugleich die Wirkſamkeit des Pfands zu beeinträchtigen. Dieſer Uſucapionsbeſitz des Verpfänders neben dem Beſitz des Gläubigers iſt keine Ausnahme von der Ausſchließlichkeit des Beſitzes (Note *e*), denn er iſt eine bloße Fiction für jenen einzelnen Zweck; wahrer Beſitzer iſt allein der Gläubiger.

iſt, er leitet ſeine Eigenſchaft als juriſtiſcher Beſitz nur von dem Willen des bisherigen Beſitzers ab, für ſich und ſelbſtſtändig betrachtet wäre er nur Detention. Darum hat Savigny ihn ſehr paſſend „abgeleiteten Beſitz" genannt[y]).

Alle dieſe rechtlichen Modificationen der natürlichen Grundſätze vom Beſitz werden an Wichtigkeit weit überwogen durch eine Erweiterung ſeiner Gegenſtände, von der jetzt noch zum Schluß die Rede ſeyn ſoll.

Ausdehnung des Beſitzes auf unkörperliche Dinge.

CCXXX. Nur körperliche Gegenſtände können eigentlich beſeſſen werden (§. 229 Note c). Dieſe corporis possessio läßt ſich als ſelbſtſtändig gewordene Ausübung des Eigenthums auffaſſen, ſelbſtſtändig geworden, indem unabhängig vom Eigenthum rechtliche Wirkungen mit ihr verknüpft ſind: der Schutz durch die Interdicte, und unter gewiſſen weiteren Bedingungen die Uſucapion. Nun iſt ein der Uſucapion analoges Inſtitut auch auf Rechte außer dem Eigenthum übertragen worden, jemanden, der z. B. ein Recht auf Benutzung einer fremden Sache, eine Servitut, lange Zeit ausgeübt hat, als Berechtigten anzuerkennen, alſo die Servitut durch Erſitzung entſtehen zu laſſen, ſchien nicht weniger Bedürfniß als beim Eigenthum. Eben ſo ſchien es gerecht, im Fall eines Rechtsſtreits über die Exiſtenz gewiſſer Rechte den, der in der bisherigen factiſchen Ausübung des Rechts ſich befunden hatte, theils von dem onus probandi zu befreien, ihm alſo die Rolle des Beklagten zuzuweiſen[a]), theils ihn bis zur Entſcheidung

---

y) Savigny nimmt noch zwey Fälle des abgeleiteten Beſitzes an: den des Emphyteuta und den des Precariſten, aber dieſen Beſitzern läßt ſich der animus domini nicht abſprechen, vgl. Puchta in Richter's krit. Jahrbüchern 1837 S. 679 f.

a) So bey dem Rechtsſtreit über die Freiheit, ſ. §. 221, ferner bey dem Servitutenproceß L. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5).

über das Recht in der Ausübung zu ſchützen, alſo poſſeſſoriſche Interdicte zu geben, wie bey der possessio [b]). Die Ausübung ſolcher Rechte, auf dieſe Weiſe mit ſelbſtſtändigen Wirkungen, wie der Beſitz, verſehen, war nun auch possessio zu nennen: libertatis possessio, iuris possessio im Gegenſatz zur corporis possessio [c]), quasi possessio im Gegenſatz zur possessio, dem eigentlichen Beſitz [d]).

Poſſeſſoriſche Interdicte ſind gegeben für den Quaſibeſitz der Servitutrechte und des Rechts der Superficies. Zum Theil ſind die oben dargeſtellten Interdicte auf die iuris quasi possessio übertragen, zum Theil ſind beſondere für ſie aufgeſtellt worden [d*]).

Das erſte war vor allem möglich bey den Rechten, deren Ausübung die Detention der Sache, welche den Gegenſtand des Rechts bildet, vorausſetzt. Der Quaſibeſitz des Uſusfructus und der andern für eine Perſon beſtimmten Servituten iſt mit dem natürlichen Beſitz der Sache verbunden, es ſtand nichts entgegen, dem Quaſibeſitzer das interdictum uti possidetis utile oder utrubi (jenachdem die Sache eine unbewegliche oder bewegliche iſt), gegen den Störer oder Anfechter zu geben [e]), ſowie gegen den Entzieher die interdicta recupe-

---

b) L. 20 D. de servit. (8, 1): — ideoque et interdicta velut possessoria constituta sunt.

c) L. 2 §. 3 D. de precar. (43, 26): — qui possessionem corporis vel iuris adeptus est —. L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32). In L. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2) dagegen werden durch dieſe Ausdrücke die factiſche und rechtliche Natur des Beſitzes überhaupt einander entgegengeſetzt §. 229 Note a.

d) Gai. IV. 139. L. 3 §. 17 D. de vi (43, 16) u. a. (Die genauere Unterſcheidung zwiſchen possessio und quasi possessio gehört erſt der ausgebildeten Rechtswiſſenſchaft an. Zu Cicero's Zeit nahm man bei dem ususfructus noch possessio an: Cic. pro Caecin. 7. 32. Keller, semestria II p. 346. R.)

*d**) (Rudorff, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XI S. 340—353. R.)

e) L. 4 D. uti possid. (43, 17). (In fragm. vat. 90 wird das

randae possessionis: de precario und (mit einiger Aenderung in der Formel) auch: de vi[f]). Das letzte gilt auch von dem Beſitz des Rechts der Superficies[g]), dagegen iſt das interdictum uti possidetis oder utimini fruimini darauf nicht angewandt, ſondern ein eignes Interdict: uti e lege locationis superficie fruimini (§. 244 b) gegeben worden[h]), welches aber ganz die Eigenſchaften jenes hat[h*]).

Noch näher lag eine Anwendung der gewöhnlichen Interdicte bey den Rechten, deren Ausübung mit dem Beſitz zwar nicht der unterworfenen Sache, aber der Sache, für welche das Recht beſtimmt iſt, zu deren Vortheil es gereichen ſoll, verbunden iſt. Dieß iſt der Fall bey den poſitiven Servituten,

---

interdictum uti possidetis in dieſer Anwendung utile interdictum genannt: „quia non possidet — sed potius fruitur.“ Die Formel lautete: uti nunc utimini fruimini — oder wenn der Eigenthümer und Fructuar ſtreiten: uti nunc possidetis utimini fruimini. Das Interdictum utrubi, in deſſen Formel die Poſſeſſio nicht erwähnt wird, paßte direct auf den Uſusfructus. R.)

f) L. 3 §. 13. 14 D. de vi (43, 16) L. 60 pr. D. de usufructu (17, 1) L. 27 D. de don. (39, 5). Fragm. vat. 90. L. 2 §. 3 D. de precar. (43, 26). (Das Interdict de precario bedurfte keiner Aenderung: quod precario ab illo *habes* paßt auch auf den Fructuar. Das int. de vi paßte nicht, weil der Fructuar nicht beſitzt und daher auch nicht dejicirt werden kann, man gab daher ein utile interdictum: si uti frui prohibitus esse dicetur — Fragm. vat. 91. R.)

g) L. 1 §. 5 D. de vi (43, 16).

h) L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17). (Das interdictum uti possidetis eas *aedes* hilft dem Superficiar nicht, da der Grundherr das Ganze, solum und superficies, beſitzt. Ein Interdict uti possidetis eam superficiem iſt überall nicht möglich, da es keinen abgeſonderten Beſitz an der Superficies giebt (§. 223 c). Dies überſieht Böcking, Inſtit. S. 536 Note 7. Utimini fruimini ſchlechthin würde den Uſusfructus bezeichnen. So blieb nur obige Faſſung übrig. Rudorff, Zeitſchrift f. geſch. R. W. XI S. 230. 231. R.)

*h**) L. 1 §. 2 D. de superficiebus (43, 18) Omnia (urſprünglich wohl cetera; Gai. IV. 170, d. h. die fructus licitatio u. ſ. w. R.) quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.

welche für praedia urbana beſtimmt ſind. Wenn ich alſo in der Ausübung des Rechts, einen Balken meines Hauſes in der Wand oder einen Balkon über dem Grundſtück meines Nachbarn zu haben, geſtört werde, ſo habe ich das interdictum uti possidetis eas aedes, ex quibus proiectio est. In der That werde ich hier in dem Beſitze meines Hauſes ſelbſt, wie es eben jetzt ſteht, alſo in der corporis possessio geſtört, und darum iſt die Anwendung des Interdicts in dieſem Fall gar keine Ausdehnung deſſelben auf die iuris quasi possessio [i]). Dagegen beruht die Ausübung der negativen Servituten z. B. des Rechts, das Höherbauen zu verbieten, nur darauf, daß auf dem dienenden Grundſtück nichts Zuwiderlaufendes geſchehe, es leuchtet ein, daß das Interdict uti possidetis wegen des Beſitzes des herrſchenden hier ohne Erfolg ſein würde und es bleibt dem Beſitzer deſſelben nur die operis novi nunciatio [i*]).

Nun giebt es endlich noch Servituten, deren Ausübung weder mit einer Detention der unterworfenen Sache, noch mit dem Beſitz der Sache, für welche ſie einen Vortheil gewähren, verbunden iſt, es ſind die Servituten für praedia rustica, welche zur Vornahme einzelner Handlungen auf dem unterworfenen Grundſtück berechtigen z. B. durch daſſelbe zu gehen, zu fahren, Waſſer zu leiten, Waſſer davon zu holen u. ſ. f. Das Recht ſteht auch bey ihnen in Verbindung mit dem Grundſtück,

---

i) L. 3 §. 6 D. uti poss. (43, 17) L. 8 §. 5 D. si serv. vind. (8, 5). Das interdictum de vi iſt nicht anwendbar, die Dejection aus dem Beſitz des Hauſes bezieht ſich nicht bloß auf den damit verbundenen Quaſibeſitz der für das Haus beſtimmten Servitut, und eine auf dieſen Quaſibeſitz allein gerichtete Gewaltthätigkeit iſt keine Dejection, die ſtets die Richtung auf einen körperlichen Gegenſtand vorausſetzt L. 4 §. 27 in f. D. de usurp. (41, 3).

*i**) (L. 5 §. 10 D. de O. N. N. (39, 1) si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Rudorff a. a. O. S. 348—353. R.)

für das ſie beſtimmt ſind, das mit einem Weg, um darauf zu kommen, mit Waſſer u. ſ. f. verſehen werden ſoll, aber die Ausübung hängt nicht ſo damit zuſammen, daß man ſagen könnte, wer in der Ausübung derſelben geſtört wird, wird in dem Beſitz des Grundſtücks geſtört. Eine Anwendung des interdictum uti possidetis auf den Quaſibeſitz dieſer Rechte wäre daher eine ganz ſinguläre Erweiterung dieſer Klage geweſen[k]). Aber es ſtand dieſer Anwendung noch ein anderes Bedenken entgegen: für die Entſcheidung der Frage, wer als gegenwärtiger Beſitzer einer ſolchen Servitut gelten ſoll, ſind beſondere Beſtimmungen nöthig, es erſcheint nicht als billig und zweckmäßig, jeden der durch einmalige Vornahme jener Handlung, die den Inhalt der Servitut bildet, den Quaſibeſitz erworben hat, wenn nur kein Act des Verluſtes eingetreten iſt, in dem Beſitz zu ſchützen. Darum hat der Prätor beſondere Interdicte für den Beſitz jener Servituten (der servitutes praediorum rusticorum) eingeführt. Nicht für alle; er fand ſich zu dieſem einſtweiligen Schutz der Ausübung nur bey den Servituten veranlaßt, wo die Unterbrechung der Ausübung bis zur Entſcheidung über das Recht eine Störung der Agricultur nach ſich gezogen haben würde.

Dieſe beſondern Interdicte ſind das interdictum de itinere actuque privato für den Beſitz von Wegſervituten[l]), das in-

---

k) Wenn der Prätor in einem ſolchen Falle hätte interdiciren wollen: uti eum fundum de quo agitur possidetis etc., ſo würde man auch durch die gewaltſamſte Interpretation den Sinn, auf den es hier ankam, nicht haben in dieſe Worte bringen können.

l) Dig. XLIII. 19: de itinere actuque privato. Es lautet ſo: Quo itinere actuque privato quo de agitur vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. Für den Fall, daß der Berechtigte zwar nicht am Gehen, Fahren ꝛc. ſelbſt, aber an der Ausbeſſerung des Wegs gehindert wird, iſt ein beſonderes Interdict gegeben: de itinere actuque reficiendo, bey dieſem reicht aber die Ausübung nicht hin, ſondern der Kläger muß überdieß das Recht der Servitut beweiſen, daher iſt es kein poſſeſſori-

terdictum de aqua und de rivis für den Beſitz der Waſſerlei- tungsſervituten[m]), das interdictum de fonte (de lacu etc.) und de fonte reficiendo für den Beſitz der Waſſerſchöpfſervituten[n]). Sie ſetzen den Quaſibeſitz der Servitut voraus, zum Beweis deſſelben wird die Ausübung der Servitut im letzten Jahr rückwärts von der Zeit der Anſtellung der Klage gefordert, bey dem interdictum de aqua aestiva geht die Zeit zurück bis auf den vorigen Sommer. Bey dem interdictum de itinere actuque iſt eine einmalige fehlerfreie Ausübung in jener Zeit nicht hinreichend, um auf dieſen Schutz Anſpruch zu geben, es muß eine öftere (die römiſchen Juriſten ſagen: an wenigſtens dreißig Tagen des letzten Jahres) nachgewieſen werden. Bey den übrigen hat ſchon eine einmalige Ausübung, wenn ſie nicht vi etc. gegenüber dem Gegner geſchah, dieſe Wirkung,

---

ſches Interdict L. 3 §. 11. (quominus — *ut tibi ius esset*, reficias v. f. v.) 13 D. eod. L. 2 §. 2 D. de interd. (43, 1) L. 4 D. de rivis (43, 21).

m) Dig. XLIII. 20: de aqua quotidiana et aestiva. Das interdictum de aqua zum Schutz der Ausübung ſchlechthin, für die aqua quotidiana: Uti hoc anno aquam qua de agitur non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto; für die auf die Sommerszeit beſchränkte Waſſerleitung: Uti priore aestate aquam q. d. a. nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto (L. 1 §. 29 D. eod.). Das interdictum de rivis zum Schutz der Ausbeſſerung, die dabey nothwendig wird Dig. XLIII. 21: de rivis, es lautet: Rivos, specus, septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto.

n) Dig. XLIII. 22: de fonte. Das interdictum de fonte: Uti de eo fonte q. d. a. hoc anno aqua nec vi n. c. n. p. ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscino item interdicam. Das int. de fonte reficiendo: Quo minus fontem q. d. a. purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris atque uti hoc anno n. v. n. c. n. p. ab illo usus es, vim fieri veto.

dagegen wird bona fides, alſo die Ueberzeugung berechtigt zu ſeyn, von dem Kläger gefordert [o]).

Erwerb und Verluſt der iuris possessio beſtimmt ſich durch die analoge Anwendung der Grundſätze von der corporis possessio. Der animus possidendi iſt hier der Wille, das Recht z. B. des Uſusfructus, der Waſſerleitung ꝛc. auszuüben, entweder für ſich oder für einen Andern (alieno nomine), denn auch hier läßt ſich juriſtiſcher und natürlicher Beſitz unterſcheiden. Um im Quaſibeſitz (juriſtiſchen oder natürlichen) zu ſeyn, muß man die Ausübung als Ausübung eines Rechts vornehmen, um juriſtiſcher Quaſibeſitzer zu ſeyn und die Interdicte zu haben, als Ausübung eines eigenen Rechts [p]). Dieſer animus nun muß ſich, wenn der Beſitz erworben ſeyn ſoll, in einem Act, der eine Ausübung des Rechts enthält, verkörpern [q]), dieſer Act entſpricht dem corpus bey dem eigentlichen Beſitz. Bey den Rechten, die mit einer Detention der unterworfenen Sache verbunden ſind, beſteht er in der Apprehenſion dieſer Sache, iſt alſo wie die Apprehenſion des körperlichen Beſitzes geſtaltet. Bey den Servituten, die zu einzelnen abgeſonderten Handlungen berechtigen z. B. zum Gehen, beſteht die Apprehenſion in der Vornahme dieſer Handlung (Note p) in eigner Perſon oder durch einen Repräſentanten. Beſteht der Inhalt der Servitut in der Einrichtung einer Anſtalt z. B. Einlaſſung eines Balkens in die Wand des Nachbarn, ſo wird der Beſitz derſelben durch dieſe Einrichtung apprehendirt, den Beſitz des Hauſes, für welches die Servitut beſtimmt ſeyn ſoll, voraus-

---

o) L. 1 §. 10. 19 D. de aqua (43, 20) vgl. L. 3 §. 7 D. de rivis (43, 21) L. un. §. 3. 11 D. de fonte (43, 22).

p) L. 7 D. de itin. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6).

q) L. ult. D. de servit. (8, 1).

geſetzt. Dieſe Vorausſetzung gilt auch von dem Beſitz der Servituten, die lediglich darin beſtehen, daß der Eigenthümer der unterworfenen Sache etwas unterlaſſen muß z. B. ſein Haus nicht erhöhen darf. In dieſer Unterlaſſung auf Seiten deſſen, welcher durch die Servitut beſchränkt iſt, wird ſie von dem Berechtigten ausgeübt, aber dieſe Unterlaſſung könnte zufällig ſeyn; damit der Beſitz erworben ſey, iſt ein Act erforderlich, der ihr den Charakter der Zufälligkeit nimmt, und ſie zur Ausübung eines Rechts macht. Ein ſolcher Act iſt die Erklärung des durch die Servitut Beſchränkten, daß er jenes unterlaſſen wolle, ferner ſein Gehorſam gegen ein Verbot des Berechtigten; in beiden Fällen iſt es nicht zweifelhaft, daß die Unterlaſſung auf das Bewußtſeyn von dem Anſpruch, den der Andere (ſey es mit oder ohne Recht) macht, geſchehen iſt. — Verloren wird der Quaſibeſitz, wie der eigentliche, animo oder corpore in contrarium acto. Animo alſo dadurch daß der Beſitzer den animus non possidendi annimmt, corpore nicht ſchon durch Nichtausübung, ſondern durch Ausſchließung des Beſitzers von der Ausübung: bey den perſönlichen Servituten und der Superficies durch Entziehung des natürlichen Beſitzes der Sache, bey den übrigen durch wirkſame Abhaltung von der Handlung, zu der die Servitut berechtigt, durch Beſeitigung der Anſtalt ſo daß deren Wiederherſtellung nicht von dem Belieben des Beſitzers abhängt, durch Vornahme deſſen, was vermöge der Servitut unterlaſſen werden ſoll. Eben ſo aber beſitzt auch der nicht mehr die Servitut, welcher aufhört im Beſitz des Grundſtücks zu ſeyn, mit deſſen Beſitz der Quaſibeſitz der für daſſelbe beſtimmten Servitut verknüpft iſt.

Viertes Kapitel.

Von dem Eigenthum.

Allgemeine Natur des Eigenthums.

CCXXXI. Die Unterwerfung von Sachen, welche wir Beſitz nennen, iſt für ſich ſelbſt eine factiſche, ihre rechtliche Exiſtenz entlehnt ſie, wie wir geſehen haben, von einem andern ihr vorausgehenden Recht, dem Recht der Perſönlichkeit. Man kann ſagen, der Beſitz ſelbſt iſt kein Recht, denn er iſt bloß eine Seite des Rechts der Perſönlichkeit, nur weil er doch dieſes Recht iſt, nach einer gewiſſen Richtung hin gewendet, iſt er ein Recht zu nennen. In der That aber ſetzt der Beſitz, um als ein eignes Rechtsverhältniß zu beſtehen, noch eine Unterwerfung anderer Art, eine rechtliche Herrſchaft über Sachen voraus, gegen die er als ſelbſtſtändiges Verhältniß erſcheint, indem er gedrängt von ihrer Macht und, inſofern er von ihr getrennt iſt, als Unrecht verfolgt, ſich unter den Schutz des Rechts der Perſönlichkeit flüchtet. Die ganze Theorie des Beſitzes iſt nur möglich durch die Exiſtenz einer rechtlichen Herrſchaft, gegen die er ſeine Selbſtſtändigkeit behauptet, indem er ſie an das Recht der Perſönlichkeit verliert.

Dieſe rechtliche Herrſchaft über Sachen iſt das Eigenthum, rerum dominium, das von den römiſchen Juriſten in der Regel unter dem Wort res und dominium ſchlechtweg verſtanden

wird [a]). Es iſt die von dem Recht um ihrer rechtlichen Entſtehung willen anerkannte Herrſchaft, die zwar wie alle Rechte die Perſönlichkeit des Berechtigten vorausſetzt, die ſich aber über dieſen allgemeinen Grund als ein beſonderes Recht erhoben hat, und inſoweit als ein ſelbſtſtändiges Glied in den Rechtskörper eingetreten iſt. Der Eigenthümer leitet ſeinen Anſpruch auf Schutz nicht wie der Beſitzer von ſeinem Recht der Perſönlichkeit ab, er gründet ihn darauf, daß ſeine Unterwerfung der Sache ſelbſt und für ſich betrachtet eine rechtliche, daß ſie unmittelbar dem Geſetz gemäß ſey, ohne der Vermittelung durch das Recht der Perſönlichkeit zu bedürfen.

Das Eigenthum iſt die totale rechtliche Unterwerfung einer Sache. Es iſt das vollkommenſte Recht, theils durch ſeinen Gegenſtand, welcher der einzige dem menſchlichen Willen völlig hingegebene iſt, theils durch ſeinen inneren Umfang, weil es dieſen Gegenſtand nach allen Seiten, von denen er im Recht zur Sprache kommt, unterwirft. Der Begriff des Eigenthums ſchließt folgende Momente in ſich:

1) Nur an Sachen, alſo an körperlichen Gegenſtänden iſt Eigenthum möglich. Durch die Behandlung eines aus körper-

---

a) Dominium überhaupt heißt die rechtliche Herrſchaft, namentlich die civilrechtliche im Gegenſatz zu der bloß auf prätoriſchem Schutz beruhenden. So wird in L. 48 pr. D. de hered. inst. (28, 5) die Bezeichnung des heres als hereditatis dominus gutgeheißen, und in L. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6) wird der ususfructus iure (civili) constitutus dominium ususfructus genannt, der tuitione praetoris conſtituirte possessio ususfructus. Durch dieſe weite Anwendbarkeit des Worts dominium wird natürlich der Begriff des Eigenthums nicht ausgedehnt, Eigenthum iſt nur das rerum (corporalium) dominium. Wenn auch bey uns das Wort Eigenthum von Vielen für alles, was uns irgendwie gehört, gebraucht wird, ſo hat man doch in der juriſtiſchen Sprache dieſer vagen Anwendung ſich zu enthalten. Wer z. B. von einem Eigenthum an Schuldforderungen ſpricht, der wird ſchwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundſätze von Eigenthum und Obligatio gelegentlich untereinander mengen werde, wozu er ſich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat.

lichen Theilen beſtehenden unkörperlichen Ganzen (einer ſ. g. universitas rerum distantium §. 222) als Sache hat dieß eine Modification erlitten, es wird Eigenthum nicht bloß an den natürlichen Sachen, die dieſe universitas bilden, ſondern auch an der ideellen, dem Ganzen angenommen, es kann das Ganze vindicirt, alſo: gregem meum esse behauptet werden[b]). Manche wirkliche Sachen dagegen ſind ausgeſchloſſen, die dem Eigenthum überhaupt, oder wenigſtens dem Privateigenthum entzogen ſind (§. 223).

Das Eigenthum an einer Sache ſetzt voraus, daß ſie ein Daſeyn als beſondere Sache habe. Dieß iſt nie der Fall bey den integrirenden Theilen einer Sache (§. 222), an dieſen iſt kein beſonderes Eigenthum möglich, der Eigenthümer des Ganzen hat ſie nur in und mit dieſem im Eigenthum. So iſt dieß bey den Gliedern eines Thiers, bey der Pflanze, bey dem Gebäude als Theil des Bodens der Fall. Es iſt niemand Eigenthümer des Gebäudes, ohne Eigenthümer des Bodens zu ſeyn, worauf es ſteht[c]), und der Eigenthümer des Bodens hat nicht ein beſonderes Eigenthum an dem Gebäude[d]). Dieß gilt auch von den organiſchen Erzeugniſſen einer Sache, ſo lange ſie noch an der erzeugenden Sache ſich befinden (fructus pendentes), ſie ſind noch integrirende Theile der Mutter, die ſie trägt[e]), der Pflanze, die ſie hervorbringt, und mit ihr des Bodens auf dem ſie ſteht[f]), ſie ſind nur erſt künftige Sachen[g]). Erſt durch die Trennung von der erzeugenden Sache (fructus separati) werden ſie ſelbſtſtändige Organismen, erſt von der Separation an iſt ein beſonderes Eigenthum an ihnen denk-

b) L. 1 §. 3 L. 2. 3 pr. D. de R. V. (6, 1).

c) L. 2 D. de superfic. (43, 18).

d) L. 40 D. de act. emti (19, 1).

e) L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum —.

f) L. 44 D. de R. V. (6, 1): fructus pendentes pars fundi videntur. *g*) L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1).

bar. Die bloße körperliche Verbindung dagegen mit einer andern Sache, wenn ſie keine integrirende iſt, eine Verbindung, worin z. B. der Stein mit dem Ring, der Balken mit dem Haus ſteht, welche die factiſche Herrſchaft für den, der nicht Beſitzer des Ganzen iſt, hindert (§. 229), ſteht der rechtlichen Herrſchaft, alſo dem Eigenthum nicht entgegen[h]). Daher verliert niemand ſein Eigenthum dadurch, daß die Sache auf dieſe äußerliche Weiſe Theil einer andern wird, und ein Eigenthum Mehrerer pro diviso iſt möglich unter Umſtänden, wo der Beſitz pro diviso ausgeſchloſſen iſt.

2) Das Eigenthum iſt eine totale Herrſchaft über die Sache. Alle Befugniſſe, die ſich in Beziehung auf eine Sache denken laſſen, ſind an ſich im Eigenthum und zwar ausſchließlich enthalten. Durch dieſe Totalität wird es unnütz, dieſe Befugniſſe aufzuzählen, und eine Ungeſchicklichkeit iſt es, den Begriff des Eigenthums durch eine ſolche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, inſofern das Eigenthum überhaupt oder in einem beſondern Fall Beſchränkungen unterliegt, wodurch gewiſſe Befugniſſe, die an ſich darin enthalten ſind, davon getrennt werden.

Von Alters her ſind geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums an manchen Sachen eingeführt, viele finden ſich ſchon in den Zwölf Tafeln, das ſpätere Recht hat ſie noch vermehrt. Dieſen Beſchränkungen liegt ein öffentliches Intereſſe zu Grunde, welches gewahrt werden ſoll; auch wenn der Vortheil eines Einzelnen dadurch befördert wird, iſt es doch nicht

---

h) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1) L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (41, 1). Eine andere Frage iſt, ob der Eigenthümer der Sache ſie während dieſer ihrer Verbindung mit einer andern vindiciren kann, davon unten. — Ferner kann der Erwerbung des Eigenthums die Verbindung mit einer andern Sache entgegenſtehen z. B. wo dieſe Erwerbung einen Beſitzerwerb vorausſetzt, wie die Tradition, aber auch bey anderen Erwerbungen kann dieß der Fall ſeyn z. B. Mancipation, In Jure Ceſſio.

dieſer Privatvortheil für ſich, ſondern das dabey betheiligte gemeine Wohl, auf welches die Abſicht gerichtet iſt. Zu dieſen Beſchränkungen gehören auch die Verbote grauſamer Behandlung der Sclaven (§. 212), vornehmlich aber betreffen ſie das Eigenthum an Grundſtücken, das ſeinem Gegenſtand nach am meiſten den Eigenthümer mit den Rechten Anderer und mit den öffentlichen Intereſſen in Berührung bringt[i]).

Die Fürſorge für die religiöſen Intereſſen hat die Beſtimmung hervorgerufen, daß der Eigenthümer dem, der auf andere Art nicht zu ſeinem Begräbnißort kommen kann, den Weg über ſein Grundſtück geſtatten muß[k]), und daß er einen unberechtigt auf ſeinem Grund und Boden beerdigten Leichnam nicht ſelbſt, ohne Erlaubniß der religiöſen Behörde, wegſchaffen darf[l]).

Die Rückſicht auf die Communication durch die öffentlichen Wege hat ſchon in den Zwölf Tafeln die Vorſchrift veranlaßt, daß dieſelben durch die Anlieger in Stand erhalten werden müſſen, wird dieſe Pflicht vernachläßigt, ſo müſſen ſie ſich gefallen laſſen, daß die des öffentlichen Wegs ſich Bedienenden ihren Weg über ihr Grundſtück nehmen[m]); iſt der

---

i) Vgl. zu dem Folgenden Dirkſen über die geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums nach R. R. ꝛc., Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. II. 16. *k*) L. 12 pr. D. de relig. (11, 7).

l) L. 8 pr. D. eod. vgl. L. 2 §. 2 L. 7 pr. L. 43 eod.

m) Cic. pro Caec. 19. (Festus p. 371 (Müller) nach Huſchke's Reſtitutionsverſuch Zeitſchr. für geſch. R. W. XII. 11: Viae sunt et publicae, per quas *ire agere vehere* omnibus licet, *et* privatae, quibus vetitum uti *iure* praeter eorum quorum sunt privatae. *Illas spectant XII: ni* vias muniunt, *qui viis amsegetes* sunt, qua volet, iumenta agito — nach Bergk's Vorſchlage — quibus vetitum uti *aliis* praeter eorum quorum sunt *auctoritate* (oder voluntatem). *In XII est:* am segetes vias muniuntod: *eo* ni sani lapides sunt, qua volet iumenta agito. Die Sammler der Zwölftafelfragmente haben dieſe Stelle ganz überſehen. R.) Die lex iulia municipalis ſpricht jene

Weg durch Erdſturz oder durch die Ausbreitung eines Fluſſes verloren, ſo muß der nächſte Nachbar von ſeinem Eigenthum, ſo viel zur Wiederherſtellung nöthig iſt, abtreten[n]).

Rückſichten der Geſundheits- und Feuerpolizey haben die Vorſchrift der Zwölf Tafeln veranlaßt, daß in der Stadt zwiſchen den Gebäuden ein Zwiſchenraum (ambitus) von zwey und ein halb Fuß (sestertius pes) gelaſſen werden ſoll[o]), von ſpätern Kaiſern iſt er auf zwölf, unter Umſtänden auf funfzehn Fuß erhöht worden[p]). Auch für die Höhe der Gebäude wurde ein Maximum feſtgeſetzt, von Auguſt 70, von Trajan 60 Fuß[q]), Zeno in einer ausführlichen Verordnung über die Gebäude läßt 100 Fuß zu, nur unter Vorausſetzung eines angemeſſenen Abſtands von den nächſten Gebäuden[r]). Ueberdieß ſoll, wenn auch das geſetzliche Maß nicht überſchritten wird, der Nachbar das Recht haben, zu fordern, daß keine ihm nachtheilige Veränderung mit dem altherkömmlichen Zuſtand des Hauſes vorgenommen werde[s]). Auch bey Feldgütern ſoll der herkömmliche Stand in Beziehung auf den Lauf des Regenwaſſers nicht willkührlich zum Nachtheil des Nachbars verändert werden, ſchon die Zwölf Tafeln haben deshalb eine Klage gegeben, die actio aquae pluviae arcendae[t]).

Verbindlichkeit auch für die Straßen in der Stadt aus, Tab. heracl. v. 20 sqq. v. 53 sq.

n) L. 14 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6).

o) Varro de L. L. V. 22 (Müll.) Volus. Maecian. assis distr. 46. Paul. Diac. ex Festo v. ambitus. Es ſollten alſo alle neuen Gebäude als insulae errichtet werden Paulus ex Festo v. insulae. Nero (Tac. annal. XV. 43), und Antonius und Verus (L. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2) ſchärften dieß von neuem ein.

p) L. 9. 11. 12 §. 2 C. de aedif. priv. (8, 10).

q) Sueton. Octav. 89. S. Aurel. Victor epitom. XIII. 13. vgl. L. 1 §. 17 D. de O. N. N. (39, 1).

r) L. 12 §. 4 C. de aedif. priv. (8, 10).

s) L. 11 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 12 §. 1 C. de aedif. priv. (8, 10). *t*) Dig. XXXIX. 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7).

Ueberhaupt aber muß ein Grundeigenthümer bey der Ausübung der Befugniſſe, die in ſeinem Recht liegen, ſich zu einer billigen Rückſicht auf die, deren Eigenthum mit dem ſeinigen zuſammenſtößt, veranlaßt finden durch die Erwägung, daß ein allzuſtrenges Beſtehen auf ſeinen Eigenthumsbefugniſſen einen fortwährenden rechtlichen Kriegsſtand hervorrufen würde, bey dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie ſeines Rechts überſchreitet, jeder aber den andern und ſich ſelbſt in der Benutzung ſeines Guts ohne endlichen Vortheil beſchränkt. Das Bedürfniß einer ſolchen gegenſeitigen Nachſicht iſt in manchen Punkten ſo dringend ſelbſt für das öffentliche Intereſſe, daß darüber Rechtsvorſchriften entſtanden ſind, die das, was Vernunft und Billigkeit fordert, als rechtliche Nothwendigkeit feſtſetzen, und ſo von der Einſicht und dem guten Willen des Individuums unabhängig machen. Wer ſein Gebäude in einem baufälligen Zuſtand läßt, kann von dem dadurch Gefährdeten angehalten werden, den Erſatz des zu befürchtenden Schadens zu verſprechen (cautio damni infecti), weigert er ſich, dem Decret, das ihm dieſe Caution auferlegt, Folge zu leiſten, ſo weiſt der Prätor den Kläger in den natürlichen Beſitz des Gebäudes ein (in possessione esse iubet), iſt dieſes Zwangsmittel fruchtlos, ſo kann eine zweite missio in possessionem (ex secundo decreto) erfolgen, worin der Verpflichtete als Derelinquent ſeines Hauſes behandelt, und dem Berechtigten juriſtiſcher Beſitz und Eigenthum zuerkannt wird (possidere iubet)[u]). Zu dieſer Caution iſt auch der verpflichtet, der ſo tief auf ſeinem Grunde gräbt, daß das Gebäude des Nachbars ſeine Sicherheit verliert, nicht dagegen wenn er ihm bloß einen Vortheil entzieht, worauf jener keinen

---

u) Dig. XXXIX. 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. Dieſe Caution dient überhaupt dazu, einen Anſpruch wegen Beſchädigungen zu erhalten, die einem Grundſtück durch die mangelhafte Beſchaffenheit irgend einer Vorrichtung drohen.

Anſpruch hat, z. B. wenn durch das Graben eines Brunnens der des Nachbars verſiegt[v]). In einem Fall iſt im Intereſſe der Agricultur eine Ausnahme gemacht, man ſoll dem Nachbar nicht den Luftzug, den er für ſeine Dreſchtenne nöthig hat, verbauen können[w]). Man braucht einen Baum nicht zu dulden, der vom Wind gebogen mit dem Stamm ſich über unſer Grundſtück neigt[x]), bloße Aeſte, die herüberragen, muß man ſich gefallen laſſen, nur kann man verlangen, daß ſie von der Erde 15 Fuß in die Höhe (pedes quindecim a terra altius) rund herum entfernt werden, da dieſe niedrigeren Aeſte es ſind, welche das Grundſtück benachtheiligen[y]). Hängt der Baum von einem Gebäude über das unſrige, ſo können wir ſeine gänzliche Wegnahme fordern[z]), ebenſo wenn ſeine Wurzeln unſerem Gebäude ſchaden[aa]). Verweigert der Eigenthümer des Baums jene Beſchneidung oder dieſe Entfernung, ſo kann ſie der Beſchädigte vornehmen, und das Holz behalten, und wird darin durch ein Interdict (de arboribus caedendis) geſchützt. Die Zwölf Tafeln haben den Grundeigenthümer verpflichtet, das Aufleſen übergefallener Früchte (glans) zu geſtatten[bb]), das prätoriſche Edict ſchützt dieſes Recht durch ein Interdict (de glande legenda), mit der Beſchränkung jedoch, daß der Eigenthümer der Früchte nur einen Tag um den andern kommen dürfe[cc]). Den Eigenthümer von Holz und an=

---

v) L. 24 §. 12 D. eod.

w) L. 14 §. 1 C. de servit. (3, 34).

x) L. 2 D. de arboribus caedendis (43, 27).

y) L. 1 §. 7—9 eod. *z*) L. 1 pr. §. 1—6 eod.

aa) L. 1 C. de interd. (8, 1).

bb) Plin. hist. nat. XVI. 6.

cc) Dig. XLIII. 28: de glande legenda. Tertio quoque die, ſagt der Prätor, das kann nach dem ungleichen Sprachgebrauch der Römer (§. 199 Note n) entweder dem Zwiſchenraum von einem, oder von zwey Tagen begreifen; das erſte entſpricht theils der gewöhnlicheren Redeweiſe, theils giebt es hier das natürlichere und der Sache angemeſſenere Reſultat.

derem Baumaterial, das in das Gebäude oder den Weinberg eines Andern verbraucht worden iſt, nöthigen die Zwölf Tafeln, ſich mit dem Doppelten des Werths zu begnügen, worauf ſie ihm die actio de tigno iuncto (aedibus vel vineae) geben, will er dieß nicht, ſo muß er zuwarten, bis ſeine Sachen ohne ſein Zuthun aus jener Verbindung kommen, die Trennung kann er nicht verlangen[dd]).

Bey dieſen Beſchränkungen des Eigenthums verbindet ſich mit dem öffentlichen Intereſſe zugleich das beſtimmter Privatperſonen. Jenes allein dagegen hat auf das Verbot geführt, Grundſtücke in der Stadt zu Begräbniſſen zu beſtimmen[ee]), Verzierungen von Gebäuden zu trennen, überhaupt Gebäude auf Speculation zu zertrümmern[ff]), und auf das Geſetz, nach welchem der Eigenthümer, wo er nicht dadurch beſchädigt wird, die Aufſuchung von Mineralien gegen Zuſicherung von einem Zehntheil des Ertrags geſtatten muß[gg]).

---

dd) Dig. XLVII. 3: de tigno iuncto. Die Stelle der XII Tafeln lautet nach der Reſtitution Huſchke's (aus Feſtus vv. tignum und sarpiuntur): Tignum iunctum aedibus vineave sei concapit, ne solvito — neque vinea sarpta quandoque, donec dempta erunt, tigna vindicito. Huschke ad l. XII tab. de tigno iuncto commentatio 1837. vgl. Puchta über die a. de t. i., Zeitſchrift für Civilrecht u. Civilproc. XI. 10.

ee) Schon die XII Tafeln enthielten dieſes Verbot Cic. de legib. II. 23. Unter den Imperatoren wurde es auf das ganze Reich ausgedehnt L. 3 §. 5 D. de sepulcro viol. (47, 12) Paul. I. 21, 2. 3. Noch in die Rubrik der vorher erwähnten Beſchränkungen dagegen gehört das Verbot der Zwölf Tafeln, einen Todten näher als ſechzig Fuß an fremden Gebäuden ohne Zuſtimmung des Eigenthümers zu verbrennen Cic. de leg. II. 24.

ff) Dieſe Speculationen hatten ſeit Auguſt ſehr überhand genommen, da an vielen älteren Gebäuden Kunſtwerke waren, die getrennt davon mehr Liebhaber fanden; der Senat fand ſich dadurch bewogen, mit jenem Verbot dagegen einzuſchreiten L. 52 D. de contr. emt. (18, 1) L. 41 §. 1. 8. 9 D. de leg. I (30) L. 48 D. de damno inf. (39, 2) ſ. Bd. I §. 108 Note b.

gg) L. 3. 6 C. de metall. (11, 6).

Es liegt in der Natur des Eigenthums, als der vollen und unbedingten Herrſchaft über die Sache, daß es veräußert werden kann, ſowohl gänzlich, durch Aufgeben des Eigenthums und Uebertragung an einen Andern, als partiell durch Abſonderung eines Beſtandtheils, deren Reſultat eine Beſchränkung iſt, die der Eigenthümer ſeinem Recht auferlegt (§. 243). Aber auch dieſe Befugniß zu veräußern kann durch rechtliche Vorſchrift beſchränkt ſeyn, es giebt Eigenthümer, denen die Veräußerung verboten iſt, mit der Wirkung der Nichtigkeit eines ſolchen Verſuchs, Verbote, durch die das Recht die Anſprüche gewiſſer Perſonen ſichern will, an welche künftig die Sache fallen ſoll [hh]).

CCXXXII. Aus der Totalität des Eigenthums folgt, daß nicht Mehrere Eigenthümer derſelben ganzen Sache ſeyn können. Kommen daher mehrere Eigenthümer derſelben Sache vor, — wobey wir von dem Fall abſehen müſſen, wo jedem ein körperlicher Theil gehört, da es hier in der That um verſchiedene Sachen ſich handelt, die nur noch äußerlich zuſammenhängen (Eigenthum pro diviso §. 231, 1), — ſo kann dieß nur ſo gedacht werden, daß das Eigenthum eines jeden ſich auf einen ideellen Theil ausſchließlich bezieht, der dieſem Eigenthümer allein gehört, nur daß ſich, da der Theil bloß iuris intellectu beſteht, ſeine Gränzen nicht an der Sache ſelbſt, alſo körperlich, aufzeigen laſſen (§. 222) [a]). Dieſes Verhältniß heißt Miteigenthum, Condominium. Keiner der Miteigenthümer kann daher für ſich allein und ohne Zuſtim-

---

hh) So das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis durch den Ehemann, der vermachten Sache durch den mit dem Vermächtniß Onerirten, auch wenn er für jetzt Eigenthümer derſelben iſt. (Die älteſten, freilich vorübergehenden Veräußerungsverbote enthielten die leges agrariae Bd. I §. 72: die lex sempronia Appian. B. C. I. 27, iulia id. III. 2, 7. R.)

a) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6).

mung der andern, eine Verfügung mit der Sache vornehmen, welche die Sache ſelbſt (ganz oder zu einem körperlichen Theil) afficirt[b]), dagegen iſt auch jedem das Recht gegeben, die Aufhebung dieſes Verhältniſſes, alſo die Theilung, die Verwandlung des Eigenthums pro indiviso in ein Eigenthum pro diviso zu fordern.

In dem Eigenthum iſt auch das Recht enthalten, die Sache zu beſitzen, ja der Beſitz als die totale factiſche iſt eben von dem Standpunkt des Eigenthums aus die Ausübung dieſes als der totalen rechtlichen Unterwerfung. Iſt der Eigenthümer Beſitzer, ſo iſt Recht und Factum vereinigt, iſt ihm der Beſitz entzogen, ſo iſt das Eigenthum verletzt, es wäre denn daß der Beſitzer ein anderes, gegen das Eigenthum wirkſames Recht auf den Beſitz hätte, ein Recht, welches dem Eigenthum nicht weicht, z. B. als Pfandgläubiger. Jene Verletzung veranlaßt den Anſpruch auf gerichtlichen Schutz des Eigenthums, die Eigenthumsklage, und beſtimmt zugleich den Beklagten, der eben der Beſitzer iſt[c]).

---

b) L. 28 D. comm. divid. (10, 3). Die Reparatur eines gemeinſchaftlichen Hauſes macht eine Ausnahme, die durch eine oratio D. Marci im öffentlichen Intereſſe eingeführt worden iſt. Jeder Theilhaber kann die nöthige Reparatur vornehmen, ſeine Auslagen müſſen ihm von den andern Theilhabern pro rata innerhalb vier Monaten erſetzt werden, und zwar mit Zinſen zu 12 Procent. Die Verzinſung hört mit dieſem Termin auf, zugleich aber gehen, wenn er will, die Eigenthumsantheile der Säumigen auf ihn über L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10) L. 52 §. 10 D. pr. soc. (17, 2). Die Verordnung hängt mit andern, die Darlehen zur Wiederherſtellung von Gebäuden begünſtigenden zuſammen L. 24 §. 1 D. de reb. auct. iud. poss. (42, 5) L. 1 D. in quib. caus. pignus tacite contr. (20, 2); ſie ſcheinen durch einen Austritt der Tiber, der damals einen großen Schaden an Gebäuden angerichtet hatte, veranlaßt zu ſeyn, Capitolin. Marc. 8.

c) L. 25 D. de O. et A. (44, 7): — in rem actio (in dieſem beſonderen Sinn) est, per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. —. Die Selbſthülfe durch gewaltſame Wegnahme der Sache iſt verpönt, der

Die Eigenthumsklage wegen Beſitzentziehung heißt vindicatio rei. Sie ſetzt daher voraus, daß der Kläger nicht Beſitzer iſt [d]), und davon läßt ſich nicht wohl eine Ausnahme denken [e]). Daher kann die Klage auch nicht gegen den natürlichen

---

Eigenthümer ſoll das Eigenthum dadurch an den Beſitzer, gegen den er ſtatt des gerichtlichen jenen Weg eingeſchlagen hat, verwirken, iſt er nicht einmal wirklich Eigenthümer, den Werth der Sache als Strafe entrichten, in beiden Fällen hat der gewaltſam entſetzte Beſitzer eine Klage auf Wiedererlangung des Beſitzes L. 7 C. unde vi (8, 4).

d) §. 2 I. de action. (4, 6) L. 1. §. 7 D. uti possid. (43, 17). Daher konnte ſogar die Frage entſtehen, ob der Beſitzer, wenn er die Sache vindicire, nicht eben damit den Beſitz aufgegeben habe, was nur darum geläugnet wird, weil aus der Anſtellung der Klage doch nicht mit Sicherheit auf einen wirklichen animus non possidendi geſchloſſen werden kann L. 12 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

e) Deſſenungeachtet ſagt §. 2 I. de action., Eine Ausnahme komme vor: — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Sicherlich bezieht ſich dieß auf die Theorie von dem gleichzeitigen Beſitz Mehrerer an derſelben Sache, von welcher auch in den Digeſten noch Spuren vorkommen, obwohl ſie in einer Stelle auf das Entſchiedenſte verworfen iſt (§. 229). Dem Geber eines Precariums läßt ſich die rei vindicatio nicht abſprechen, nach L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26) ſoll er aber noch Beſitzer ſeyn. Ja L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17) erklärt aus jener falſchen Theorie heraus: wenn ich ex iusta causa beſitze (alſo z. B. als Eigenthümer) mein Gegner vi oder clam, aber nicht von mir, ſo hat das interdictum uti possidetis keine Wirkung, neuter nostrum vincetur; alſo bin ich auf die rei vindicatio verwieſen, und beſitze doch, nämlich nach jener Theorie. Dieß iſt alſo der unus casus, der in den Digeſten ſteht; daß er nur nach einer verworfenen Anſicht exiſtirt, kann ſeine Anführung in den Inſtitutionen nicht auffallender machen, als die Aufnahme jener Stellen in den Digeſten. (Die bisherigen Anſichten über die Inſtitutionenſtelle hat zuletzt recenſirt Francke probabilium de uno casu etc. part. I. 1839, der ſelbſt an der Auffindung der den Verfaſſern der Inſt. vorſchwebenden Pandektenſtelle verzweifelt, und daher glaubt, es ſey irgend ein Fragment gemeint, das nachher nicht aufgenommen worden ſey). (Dagegen kehrt jetzt Fritz, über den im §. 2 I. de act. erwähnten unus casus, Zeitſchr. für Civilrecht und Proceß, neue Folge I Num. 2 (1844) zu der Anſicht des Accurſius zurück, nach welcher der unus casus der in L. 9

Beſitzer von dem, in deſſen Namen jener beſitzt, ſo lange dieß wirklich der Fall iſt, angeſtellt werden, nur freilich ſteht es hier in dem Belieben des Eigenthümers, dieſes Hinderniß durch den animus non possidendi zu entfernen[f]). Der Beklagte iſt der Beſitzer, und es iſt gleichgültig aus welcher Cauſa er beſitzt; die Cauſa kann ihm vielleicht eine Exceptio geben z. B. wenn er als Fauſtpfandgläubiger das Recht zu beſitzen behauptet, aber von der Uebernahme der Klage befreit ſie ihn nicht; es iſt auch nicht nöthig, daß er ſich ſelbſt das Eigenthum zuſchreibt. Denn ſchon die Thatſache ſeines Beſitzes ſelbſt verletzt das Eigenthum. So kann es denn auch keinen Unterſchied machen, ob er juriſtiſcher oder natürlicher, Beſitzer in eignem oder in fremdem Namen iſt. Es gab indeſſen einige römiſche Juriſten, unter ihnen Pegaſus, die behaupteten, nur der juriſtiſche Beſitzer könne belangt werden, eine Anſicht, die ohne Zweifel von den Meiſten verworfen wurde[g]). Vielleicht war dieß eine Lehre, die ſich aus der Nothwendigkeit der Contravindication bey der Legis Actio herſchrieb, wobey auch der Beklagte die Sache ſein nannte (§. 161), oder man gieng überhaupt von der Idee aus, die Veranlaſſung der Klage ſey ein Streit um das Eigenthum, das ſich jede Partey zuſchreibe (wobey übrigens nicht einmal jeder juriſtiſche Beſitzer als der geeignete Beklagte erſcheinen würde), ſtatt ſie der Wahrheit gemäß in der Verletzung des Rechts zu ſuchen. Der Grundſatz, daß der natürliche Beſitzer belangt werden kann, iſt auch durch das Geſetz Conſtantin's nicht aufgehoben worden, nach welchem bey unbeweglichen Sachen der belangte Detentor den

---

D. de R. V. (6, 1) L. 7 pr. D. usufr. quemad. (7, 9) erwähnte Fall iſt, wenn der juriſtiſche Beſitzer, der durch einen Andern beſitzt, gegen dieſen die Vindication anſtellt. R.)

f) Daher die Vindication z. B. gegen den Uſufructuar (unter dieſer ſtillſchweigenden Vorausſetzung) zugelaſſen wird L. 7 pr. 12 D. usufr. quemadm. cav. (7, 9).

g) L. 9 D. de R. V. (6, 1).

anzeigen ſoll, in deſſen Namen er beſitzt (ſ. g. nominatio oder laudatio auctoris), damit dieſer herbeigezogen werde, um ſtatt ſeiner die angeſtellte Klage bey demſelben Gericht zu übernehmen [h]). Denn die Klage wird nicht zurückgewieſen, es tritt nur der für die definitive Beendigung des Rechtsſtreits geeignetere Vertheidiger in den erhobenen Proceß ein.

Uebrigens kann niemand unbedingt genöthigt werden, die Klage zu übernehmen, ſofern er nur als Beſitzer belangt wird. Wenn er erklärt, er beſitze nicht (oder wenn er die vorgeſchriebene Caution [h*]) zu geben verweigert), ſo wird der Kläger in den Beſitz geſetzt, und jener iſt ſomit von der Klage frey [i]). Umge-

---

h) L. 2 C. ubi in rem actio (3, 19). (Auf dieſes Geſetz bezieht ſich die Titelüberſchrift im theodoſiſchen Codex II. 5: de dominio (offenbar iſt zu leſen: domino) rei quae poscitur vel consortibus ab eo, cui denuntiatum fuerit, postulandis, nach welcher die Nomination eigentlich domini postulatio heißen müßte. — Die Herbeiziehung der consortes d. h. der übrigen Theilnehmer an demſelben Landlooſe iſt von Julian wieder aufgehoben. R.)

*h**) (Dieſe war im Proceß per formulam petitoriam die cautio iudicatum solvi nach folgendem Formular: quod fundum capenatem te petiturus sum, si ea res secundum me heredemve meum a Sempronio iudice quive in eius locum substitutus erit iudicata erit, neque restituatur, aut quamdiu res defendi potuerit, boni viri arbitratu non defendatur, cui rei dolus malus aberit afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dare spondes? Vgl. L. 2 §. 2 D. de stip. praet. (46, 5) L. 3 pr. §. 9 L. 13 §. 1 L. 15. 19 §. 1—20. D. iud. solvi (46, 7) L. 69. 158 D. de V. S. (50, 16). Die clausula doli heißt novissima (die Schlußclauſel), daraus folgt nicht, daß ſie die jüngſte war, wie Wetzel, Vindicationsproceß S. 200 Note 1 annimmt. Auf ihr beruht die Entſchädigung für argliſtiges Aufgeben des Beſitzes, argliſtige Uebernahme des Proceſſes, doloſe und culpoſe Deteriorationen und Vernachläſſigung der Früchte. Im Juſtinianiſchen Proceſſe iſt die Cautio iudicatum solvi nicht mehr gebräuchlich und ſämmtliche aus ihr hervorgehende Verpflichtungen ſind geſetzliche. R.)

i) L. ult D. de R. V. (6, 1) vgl. §. 173 Note k. Zur Zeit der römiſchen Juriſten geſchah dieß mittelſt eines dem Kläger auf Erlangung (oder, wenn er ſchon einmal Beſitzer geweſen war, auf Wiedererlangung) des Beſitzes gegebenen Interdicts: quem fundum (vgl. §. 225

kehrt kann jemand die Klage übernehmen, ohne Beſitzer zu ſeyn, indem er ſich für den Beſitzer ausgiebt, und dem zu Folge litem mit dem Kläger conteſtirt. Ein ſolcher „qui liti se obtulit“ haftet eben ſo wie wenn er Beſitzer wäre, und die Klage hat gegen ihn denſelben Verlauf[k]). Seit Hadrian, der durch ein S. C. (von den Neuern Iuventianum genannt) feſtſetzte, daß in hereditatis petitionem dolus praeteritus veniat, iſt durch Uebertragung dieſer Beſtimmung auf die rei vindicatio auch für dieſe der Rechtsſatz geltend geworden, daß ſie gegen den angeſtellt werden kann, der beſeſſen und in böslicher Abſicht ſich des Beſitzes entäußert hat: qui dolo desiit possidere; dieß ſoll ihn nicht von der Vindication befreien: dolus pro possessione est[l]).

Die rei vindicatio hat die Reſtitution des Beſitzes an den Kläger zum Zweck, aber nicht bloß die Reſtitution der Sache ſelbſt, ſondern der res cum omni causa, d. h. mit allem dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm ohne Proceß reſtituirt worden wäre[m]). Dahin gehört der Erſatz der Beſchädigungen,

---

Note b), welches in dem von Endlicher entdeckten Inſtitutionenfragment Ulpian's und in fragm. vat. 92 vorkommt. Vgl. Rudorff über das interdictum quem fundum und die demſelben nachgebildeten Rechtsmittel, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. IX. 2.

k) L. 25. 26. 27 pr. D. de R. V. (6, 1),

l) L. 27 §. 3 L. 36 pr. D. eod. L. 131. 157 §. 1 D. de R. I. (59, 17). Man hat dieſe Perſonen, die wie Beſitzer haften, ohne es wirklich zu ſeyn, ficti possessores genannt.

m) L. 75 D. de V. S. (50, 16): restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. — Genauer geſagt iſt dieſe Reſtitution der Zweck der Vindication bey der formula petitoria (§. 168), welche arbitraria iſt, und wo in demſelben Judicium über das Eigenthumsrecht und die folgeweiſe nothwendige Reſtitution entſchieden wird. Anders bey der alten Vindication im Wege der Legis Actio (§. 161). Hier entſchied das Judicium zunächſt nur über das Eigenthum. Gieng nun dieſes Urtheil gegen den, welcher die vindiciae erhalten hatte, ſo war ein zweites nöthig, um jenem gemäß die Sache und die Früchte zu erlangen, nach den XII Ta-

welche die Sache durch Schuld des Beſitzers erlitten hat, anderer Nachtheile, die durch die Vorenthaltung der Sache verurſacht ſind[n]), inſonderheit auch Herausgabe oder Erſtattung der Früchte, die der Beſitzer gezogen hat, oder die hätten bezogen werden können (fructus percipiendi)[o]). Immer kann der Kläger das verlangen, was er gehabt hätte, wenn ihm zur Zeit der Litiscontestation die Sache reſtituirt worden wäre, und dieß gilt ſowohl von den Früchten, die ihm ſeit dieſer Zeit vollſtändig werden müſſen, ſelbſt von dem bonae fidei possessor, mögen ſie ſeit dieſer Zeit erſt oder auch vorher ſchon entſtanden, aber zur Zeit der L. C. noch vorhanden geweſen ſeyn (fructus extantes), als auch von der Sache ſelbſt, deren Verluſt oder Untergang nach der Litiscontestation alſo den Beklagten nicht befreit, wenn er nicht ebenſo auch bey dem Kläger erfolgt wäre, insbeſondere haftet der Beſitzer für den Untergang oder Schaden, der durch Dolus oder Culpa von ihm veranlaßt iſt[p]). Bey dem malae fidei possessor aber wird noch weiter zurückgegangen, bis auf den Anfang ſeines Beſitzes; von dieſer Zeit an haftet er für die Sache und für die Früchte, percepti und percipiendi, extantes und consumti[q]).

---

feln wurden hier arbitri beſtellt, die den der Reſtitution ſich weigernden (oder auch ſie unmöglich machenden) Beklagten in das duplum condemnirten Festus v. vindiciae (si vindiciam falsam tulit, si velit is, *qui vicit*, *prae*tor arbitros tres dato, eorum arbitrio *neglecti* fructus duplione damnum decidito: nach der Reſtitution von Wetzell, Vindicationsproceß S. 31. R.) vgl. Paul. R. S. I. 138 §. 8 V. 9 §. 2. L. Rom. Burg. tit. 34. L. 3 D. de litigios. (44, 6) L. 1 pr. C. Th. de usur. rei iud. (4, 19). Auch bey der in rem actio per sponsionem (§. 168) war beides, Proceß über das Eigenthum und Reſtitutionsverfahren, getrennt, in der formula petitoria iſt es vereinigt.

n) L. 81 D. de V. S. (50, 16) L. 13 D. de R. V. (6, 1).

o) L. 33 D. de R. V. (6, 1).

p) L. 35 D. de V. S. (50, 16) L. 13. 15 §. 1. 3 L. 16. 21. 36 §. 1 D. de R. V. (6, 1).

q) §. 2 I. de off. iud. (4, 17) L. 22 C. de R. V. (3, 32): Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re prae-

Siegt nun der Kläger und der Beklagte reſtituirt nicht nach dem Arbitrium des Richters (denn die Klage iſt eine arbitraria actio), ſo wird er in den Werth des zu Reſtituirenden condemnirt, ſoweit nicht eine directe Befriedigung des Klägers mittelſt Wegnahme der Sache durch obrigkeitliche Hülfe (die wenigſtens das ſpätere Recht zuläßt) möglich iſt und von dem Kläger vorgezogen wird. Der Werth wird aber auf verſchiedenem Wege beſtimmt, jenachdem die Reſtitution in natura 1) wegen Ungehorſams des Beklagten nicht erfolgt, oder durch ſeinen Dolus unmöglich geworden iſt, oder 2) ihre Unmöglichkeit nicht durch ſeinen Dolus verurſacht iſt, ohne daß ſie ihn jedoch von der Reſtitution befreit. Dort beſtimmt der Kläger den Betrag ſeines Intereſſes durch Eid (iusiurandum in litem), hier muß er durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan werden[r]). Wenn der Beklagte in dieſer Weiſe die litis

---

stare, bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem universos. (Eine mildere Anſicht in Rückſicht der fructus percipiendi vertheidigen für das Juſtinianiſche Recht Madai, Zeitſchr. für Civilr. und Proceß. XI Num. 1. Wetzell, Vindicationsproceß S. 163—170, 246 f. weil in L. 2 C. eod. die ſtrengen Beſtimmungen Valentinians L. 1 C. Th. de fruct. (4, 18) gegen den Prädo weggelaſſen ſind. Für das ältere Recht iſt die Sache außer Zweifel. Selbſt vom unredlichen Beſitzer konnten nur die vorhandenen Früchte vindicirt werden, die conſumirten mußten ex iniusta causa condicirt werden. Seit dem S. C. iuventianum nimmt die Vindication — quia dolo desiit possidere — auch dieſe Condiction in ſich auf. L. 15 D. de usur. (22, 1). Für die nicht percipirten Früchte (fructus neglecti) haftet der Beſitzer nur in der Erbſchafts- nicht in der Eigenthumsklage per formulam petitoriam. Erſt nach der Litisconteſtation tritt vermöge der clausula doli (Note h*) eine ſtrengere Verpflichtung beider Beſitzer ein. Selbſt der b. F. possessor haftet jetzt, da er dolum malum abesse *et abfuturum esse* cavirt, auch für die Früchte, welche er bis zum Urtheil hätte ziehen können, wenn er den Beſitz der Hauptſache nicht während des Proceſſes aufgegeben hätte. L. 33. vgl. L. 79 D. de R. V. (6, 1), der unredliche Beſitzer ſogar für die, welche der Kläger gewonnen haben würde. L. 62 §. 1 D. de R. V. (6, 1). R.)

r) L. 68 D. de R. V. (6, 1).

aestimatio bezahlt, ſo wird er, wenn er beſitzt oder den Beſitz der Sache erlangt, als Eigenthümer behandelt, nur mit Ausnahme deſſen, der ſich dolose des Beſitzes entäußert und dadurch die Reſtitution in natura unmöglich gemacht hatte, doch wird auch dieſer wenigſtens gegen die Vindication des Klägers geſchützt, wenn er nachher den Beſitz wieder erhält[s]).

Den Erſatz der Verwendungen, die der Beklagte auf Sache oder Früchte gemacht, kann er durch eine exceptio doli gegen die Vindication fordern, doch hängt dieß theils von der Beſchaffenheit der Verwendungen, theils von ſeiner Eigenſchaft als Beſitzer in gutem oder böſem Glauben ab. Eine dreifache Art von Verwendungen giebt es[t]): ſolche, ohne die der Gegenſtand nicht oder nicht in ſeiner Integrität exiſtiren würde (impensae necessariae), und dahin kann auch der Kaufpreis gehören, den der Beſitzer für die Sache gegeben, wenn er ſie durch den Kauf dem Eigenthümer erhalten hat; ſolche, die wenigſtens den Ertrag der Sache erhöhen (impensae utiles); alle andern, ſofern ſie überall der Sache zu Gute kommen, fallen unter die Claſſe der impensae voluptariae. Dem Dieb nun brauchen gar keine Verwendungen erſetzt zu werden, alle, die er gemacht hat, kommen dem Eigenthümer zu Gute[u]). Ein ſonſtiger malae fidei possessor hat die exceptio wegen impensae necessariae, wegen der übrigen hat er nur das Recht, ſie wieder wegzunehmen, ſoweit dieß ohne Nachtheil für den früheren Zuſtand der Sache möglich iſt, und ſelbſt dieß kann der Eigenthümer verhindern durch den Erſatz des Werths, den ſie nach der Wegnahme haben[v]). Der bonae fidei possessor endlich hat die exceptio wegen impensae necessariae und utiles, doch mit Anrechnung der von ihm gewonnenen (alſo

s) L. 46. 47. 63. 69. 70 D. eod.

t) Vgl. L. 1—7. 14 D. de impensis in res dot. (25, 1) L. 79 D. de V. S. (50, 16).

u) L. 1 C. de infant. expos. (8, 52) L. 13 D. de cond. furt. (13, 1).

v) L. 5 C. de R. V. (3, 32) L. 38 D. eod. (6, 1).

vor der Litisconteſtation conſumirten) Früchte, in Beziehung auf impensae voluptariae hat auch er nur jenes ius tollendi [w]).

Mit der Klage, von der bisher die Rede war, iſt der Schutz des Eigenthums noch keineswegs erſchöpft. Die Vindication der Sache ſetzt eine Entziehung und Vorenthaltung des Beſitzes voraus; es giebt noch andere Verletzungen des Eigenthums, dieſe fordern, daß eine zweite Eigenthumsklage neben jene tritt. Es kann ſeyn, daß jemand etwas mit der Sache vornimmt, wodurch er nicht wie bey dem Beſitz das Eigenthum überhaupt, aber die von dem Eigenthümer behauptete Unbeſchränktheit deſſelben, die libertas rei, angreift z. B. er maßt ſich an, über das Grundſtück zu gehen, oder ſonſt partiell auf die Sache einzuwirken. Nun giebt es Rechte, die eine Beſchränkung des Eigenthums in dieſer Art enthalten (die Servituten), daher klagt der Eigenthümer, der die Unbeſchränktheit ſeines Eigenthums gegen ſolche Anmaßungen vertheidigen will: daß dem Beklagten kein Recht zuſtehe, dieß zu thun: ius illi non esse ire agere, parietem ita proiectum in suum habere, uti frui invito se, und die Klage hat darum den Namen negativa oder negatoria in rem actio [x]). Aus dieſer Faſſung der Klage darf man nicht ſchließen 1) daß ſie nur gegen den zuläßig ſey, der ein Servitutrecht zu haben behaupte, dieß iſt ſo wenig der Fall, als die rei vindicatio nur gegen den geht, der ſich das Eigenthum zuſchreibt, ſo wie hier der Beſitz, ſo genügt dort der äußere Act oder Zuſtand, welcher der Unbeſchränktheit des Eigenthums widerſpricht [y]); 2) daß

---

w) L. 27 §. 5 L. 28. 29. 38. 48 D. eod.

x) Gai. IV. 3. §. 2 I. de action. (4, 6) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. vel ad alium pertinere negetur (7, 6) L. 2 pr. 13. 14 §. 1 D. si serv. vind. vel ad al. pert. neg. (8, 5). Man muß ſie nicht verwechſeln mit der Klage aus einer negativen Servitut, die eben ſo gefaßt iſt L. 17 §. 1 D. eod.

y) Wenn mit der Anmaßung des Beklagten zugleich eine Detention der Sache verbunden iſt (wie ſie bey den Perſonalſervituten ſtattfindet),

der Grund der Klage die Nichtberechtigung des Gegners ſey, oder, wie man dieß wohl beſchönigend ausgedrückt hat, die Unbeſchränktheit oder Freiheit des Eigenthums; eine Negation (und lediglich eine ſolche enthält auch der letztere, nur ſcheinbar poſitive Ausdruck) kann nicht der Grund einer Klage ſeyn; die Unbeſchränktheit des Eigenthums wird durch die Negatoria vertheidigt, aber ſie iſt ſo wenig ihr Grund, als die Befugniß zu beſitzen der Grund der rei vindicatio [y*]).

Der Kläger fordert mit der Negatoria Reſtitution, wenn die Aufhebung der Verletzung eine ſolche vorausſetzt z. B. Reſtitution der Sache, wenn der Beklagte ſich den Uſusfructus angemaßt hat, Entfernung der Vorrichtung, die den Kläger beeinträchtigt; und in dieſer Reſtitution iſt auch der Erſatz des

---

wird von der Cauſa dieſer Detention die Anwendbarkeit der rei vindicatio abhängen. Detinirt der Beklagte als Uſufructuar im Namen eines Andern, ſo iſt die Vindication zuläßig, nicht wenn er im Namen des Klägers detinirt, alſo dieſen als Eigenthümer anerkennt, es wäre denn daß der Kläger dieſes Detiniren in ſeinem Namen nicht genehmigte, alſo den animus non possidendi hätte. Die Negatoria aber iſt in beiden Fällen anwendbar, denn dieſe kann auch der Beſitzer anſtellen §. 2 I. de action. (4, 6).

*y**) (Dagegen paßt die Negatoria in der That nicht, wenn der Andere wirklich ein Recht hat, welches er nur gegen unſern Willen nicht ausüben darf: gegen meinen Socius z. B. kann ich nicht klagen: ius illi non esse aedificandi, oder (nach vollendetem Bau) aedificatum habere, da er als Eigenthümer ſo gut auf dem gemeinſchaftlichen Grunde bauen darf als ich, ich muß daher (vorher) klagen: entweder ius illi non esse *invito me* aedificandi, oder: mihi ius esse *prohibendi:* L. 11. 17 pr. D. si serv. (8. 5) L. 28. D. comm. div. (10, 3). Eben ſo gegen den Uſufructuar, der, weil er nicht de damno infecto cavirt, ſeinen Nießbrauch ohne meinen Willen nicht ausüben darf. L. 5 D. si ususfr. (7, 6). Bey negativen Servituten kann übrigens auch die Confeſſoria dieſelbe Geſtalt annehmen, ich kann aus der servitus altius non tollendi gegen den Eigenthümer klagen: ius ei non esse altius aedificare und aedificatum habere *invito me* L. 2. D. de O. N. N. (39, 1) L. 17 §. 1 D. si serv. (8, 5). Inſofern iſt Zachariä's Faſſung: „die prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage" (Zeitſchrift für geſch. R. W. XII. 8) zu eng. R.)

Nachtheils, den der Kläger ſchon erlitten hat, enthalten; ſodann Unterlaſſung künftiger Beeinträchtigung, welcher zweite Zweck durch eine Caution (Stipulation) erreicht wird, durch die der Beklagte die Unterlaſſung verſpricht, und aus der bey wiederholter Störung der Kläger eine Klage auf die für dieſen Fall verſprochene Strafe oder auf das Intereſſe hat. Weigert ſich der Beklagte auf das Arbitrium des Richters der Reſtitution oder Caution, ſo wird er dem Kläger in das Intereſſe condemnirt, deſſen Betrag dieſer durch iusiurandum in litem beſtimmt[z]).

CCXXXIII. So entſpringen alſo aus dem Eigenthum zwey Klagen, die ſich nicht in ihrem Grund, ſondern in ihrer Veranlaſſung, und damit auch in ihrem Zweck unterſcheiden. Der Unterſchied der Veranlaſſung, wie ſie im vorigen Abſchnitt näher auseinandergeſetzt iſt, läßt ſich kurz ſo bezeichnen: iſt eine totale Verletzung eingetreten, ſo iſt die Klage die rei vindicatio, iſt die Verletzung nur eine partielle, die negatoria actio.

Da dieſe Klagen nicht in ihrem Grunde ſich unterſcheiden, ſo iſt auch der Beweis, der dem Kläger obliegt, in beiden derſelbe: der Kläger hat das Eigenthum, wenn es ihm verneint wird, zu beweiſen. Bey beiden Klagen wird er, nach den Grundſätzen von der Beweislaſt (§. 174 Note u), wenn er dieſen Beweis nicht führt, abgewieſen, wenn gleich auch der Gegner nichts bewieſen hätte[a]). Der Irrthum, gegen den vorhin gewarnt worden iſt, als ſey die Freiheit des Eigenthums der Grund der Negatoria, hat viele neuere Juriſten zu der Behauptung verleitet, dieſe Freiheit, alſo die Nichteriſtenz eines Rechts des Beklagten müſſe der Kläger beweiſen. Man hat

---

z) L. 7. 12. 14 pr. D. si serv. vind. (8, 5) L. 4 §. 2 eod. L. 5 §. 6 D. si ususfr. pet. (7, 6) L. 8 C. de servit. (3, 34).

a) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6).

nach gerade wohl die Verkehrtheit dieſes Reſultats eingeſehen, nur hat eine Stelle der Digeſten, die man ungezwungen nicht anders erklären zu können glaubte, Schwierigkeit gemacht. Dieſe Schwierigkeit erledigt ſich durch folgende Erwägung. Auch bey der Negatoria trifft den Kläger die Beweislaſt, nämlich eben in Beziehung auf ſein Eigenthum, wenn es der Beklagte verneint. Wenn ſich daher z. B. mein Nachbar das Recht anmaßt, einen Balken in meine Mauer einzulegen, ſo iſt es mir vortheilhaft, ihn zu nöthigen, gegen mich als Kläger (aus ſeinem angeblichen Servitutrecht) aufzutreten, in welchem Fall ich des Beweiſes meines Eigenthums überhoben bin. Ich kann ihn aber dazu nöthigen, wenn er noch nicht im Beſitz jener Servitut iſt. Iſt er im Beſitz, ſo bleibt mir nichts übrig, als mit der Negatoria zu klagen, und hier bin ich ſeiner Verneinung meines Eigenthums, und alſo der Beweislaſt ausgeſetzt[b]).

Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis ſeiner Erwerbung (§. 174 Note w), alſo einer Erwerbsart mit allen den Momenten, welche für ihre Wirkſamkeit, den Kläger zum Eigenthümer zu machen, erforderlich ſind, ſoweit ſie nicht vermuthet werden. Der gewöhnlichſte Fall der Erwerbung des Eigenthums iſt die derivative, Erwerbung durch Succeſſion (§. 198), hier hat der Kläger nicht bloß den Succeſſionsact mit ſeinen Erforderniſſen z. B. die Mancipation, die Tradition mit ihrer Cauſa (Kauf, Schenkung ꝛc.),

---

b) L. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat (vgl. §. 174), sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sint immissa, eum qui negat. Man ſieht, es iſt von der Beweislaſt (und zwar in dem vorzüglichen Sinn: wen zuerſt die Beweislaſt treffe) die Rede, mit keinem Wort aber davon, was bewieſen werden müſſe. Man hat ſich noch auf eine andere Stelle berufen: L. 15 D. de O. N. N. (39, 1); dieſe würde ſich auch wohl auf ähnliche Weiſe erklären laſſen, aber ſie handelt überdieß gar nicht von der Negatoria, ſ. noch unten §. 253 a. E.

die Erbfolge u. ſ. f., ſondern auch das Eigenthum deſſen, von dem er das ſeinige ableitet (ſeines Auctors), zu beweiſen, und bey dieſem Beweis kann ſich daſſelbe wiederholen, ſo daß er auf das Eigenthum des Auctors ſeines Auctors zurückgehen muß und ſo weiter fort. Dieß macht nun den Beweis des Eigenthums nicht bloß ſchwierig, ſondern es würde ihn unter Umſtänden, ja in den meiſten Fällen, da die gewöhnlichſten Erwerbsarten Succeſſionen ſind, unmöglich machen, und ein Eigenthümer würde faſt nie ſeines Eigenthums ſicher und froh werden können, wenn nicht eben zu dieſem Zweck eine eigene Erwerbsart beſtünde, welche einen ſolchen Mangel der übrigen zuzudecken im Stande iſt: die Erſitzung oder Uſucapion [c]). Wer die Sache unter gewiſſen Vorausſetzungen, die für den Eigenthümer ſtets vorhanden und unſchwer erweislich ſeyn werden (ja unter Umſtänden bedarf es gar keiner weiteren Vorausſetzungen), eine gewiſſe Zeit hindurch ununterbrochen beſeſſen hat, der ſoll ſchon darum Eigenthümer ſeyn, er bedarf keiner Ableitung ſeines Rechts von dem Eigenthum eines Andern mehr, er hat ſeinen Beweis vollſtändig geführt, wenn er die Uſucapion bewieſen hat [d]).

Dieſe wichtige Erleichterung des Eigenthumsbeweiſes ſetzt nun aber freilich den Ablauf der Zeit und die ununterbrochene Fortſetzung des Beſitzes während derſelben voraus. Sie nützt dem nichts, der in dem Fall iſt, die Eigenthumsklage vor der Vollendung der Uſucapion anzuſtellen. Aber auch dafür iſt, ſoweit es gerecht erſchien, geſorgt worden. Der Prätor nämlich hat dem, welcher die Uſucapion angefangen aber noch nicht vollendet hat, eine Klage gegeben, bey welcher der Rich=

---

c) L. 1 D. de usurp. (41, 3): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent —.

d) Das neuere Recht hat die Uſucapionszeiten verlängert, dagegen hat es auf der andern Seite ihre Vollendung erleichtert durch eine allgemeinere Zulaſſung der accessio possessionis, ſ. unten §. 239.

ter angewieſen wird, unter jener Vorausſetzung ganz ſo zu verfahren und zu urtheilen, wie wenn der Kläger die Uſucapion vollendet, alſo ſein Eigenthum bewieſen hätte. Dieſe Klage heißt von ihrem Urheber publiciana in rem actio [e]). Sie hat Veranlaſſung und Zweck, und daher auch die Grundſätze über den Beklagten mit der Eigenthumsklage gemein, und iſt inſofern geeignet, dieſe zu erſetzen [f]), denn ſie iſt nichts anders als die Eigenthumsklage, durch Fiction auf die bonae fidei possessio ausgedehnt. Ihr Unterſchied, und damit auf der einen Seite ihr Nutzen, auf der andern eine Beſchränkung ihrer Wirkſamkeit, liegt in ihrer Begründung, daher auch in dem Beweis, der dem Kläger obliegt. An die Stelle des Eigenthums tritt bey ihrer Begründung der Uſucapionsbeſitz, nach dem prätoriſchen Edict der durch Tradition erworbene (Note e), nach der Interpretation deſſelben jeder Uſucapionsbeſitz [g]), ja wenn irgend eine Eigenthumserwerbsart von der Beſchaf-

---

e) Dig. VI. 2: de publiciana in rem actione. Das Edict lautet in den Digeſten ſo: Si quis id quod traditur ex iusta causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Die Formel der Klage giebt Gaius IV. 36: si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure quiritium esse oporteret —. (In der Vindication war die causa petendi nicht ausgedrückt §. 165 o* N.)

f) L. 7 §. 8 D. de publ. act. (6, 2): In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

g) L. 1 §. 2 L. 3 pr. 13 pr. D. eod. So wird in L. 7 §. 2 eod. daraus, daß wer von einem Furioſus kaufe, ohne Kenntniß ſeines Wahnſinns, uſucapiren könne (ſ. unten §. 239 Note cc) als nothwendig gefolgert, daß er auch die Publiciana habe. Damit ſteht denn auch nicht in Widerſpruch L. 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4), wo derſelbe Fall dahin entſchieden wird, daß der Wahnſinnige, weil der Kauf nichtig ſey, nicht als Auctor des Beſitzers betrachtet werden könne, und dieß wird angewendet auf die Eviction, für die er nicht haftet, auf die Publiciana, gegen die er die exceptio dominii hat, auf die accessio possessionis, die aus ſeiner Perſon nicht ſtattfindet. Daraus ergiebt ſich, daß in dieſer Stelle von der Berechtigung zur Publiciana überhaupt (alſo auch gegen einen Dritten) gar nicht die Rede iſt.

fenheit iſt, daß ſie die Erwerbung des Beſitzes nicht erheiſcht, ſo wird die Klage auch ohne daß der Kläger je Beſitzer war, gegeben[h]), nur darf die Sache nicht eine von der Erwerbung durch Uſucapion ausgeſchloſſene ſeyn[i]). Der Kläger braucht nur den Erwerb des Beſitzes mit einer iusta causa, die zur Uſucapion berechtigt, zu beweiſen, überhaupt einen Act, der an ſich geeignet iſt, zum Eigenthümer zu machen (das Hinderniß der mala fides und der Uſucapionsunfähigkeit der Sache muß der Beklagte beweiſen, wenn er es behauptet), dadurch iſt die Klage wichtig nicht bloß für den, deſſen Eigenthum unerweislich iſt, ſondern auch für den, der allenfalls ſein Eigenthum beweiſen könnte, hier aber auf eine weniger umſtändliche Art zu demſelben Ziel, wie mit der Eigenthumsklage, gelangt.

Aber führt die Publiciana auch ſtets zum Ziel, wie die Eigenthumsklage? Wäre dieß der Fall, ſo würde dieſe durch jene gänzlich abſorbirt, es könnte von einer Eigenthumsklage nicht mehr die Rede ſeyn[k]). Dem iſt nicht ſo. Vor allem iſt die Wirkſamkeit der Publiciana darin geringer, daß der (als Kläger oder Beklagter) Ueberwundene gegen ſeinen Gegner noch mit der Eigenthumsklage auftreten kann, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegenſteht, eben weil der Richter nicht über das Eigenthum geſprochen hat. Aber auch in Beziehung auf die nächſte Wirkung, die Verurtheilung des Be-

---

h) L. 12 §. 1 D. de publ. act. (6, 2).

i) L. 9 §. 5 D. eod. Wenn nur die eigentliche Uſucapio ausgeſchloſſen, wohl aber die longi temporis possessio anwendbar iſt, ſo findet die Publiciana Statt L. 12 §. 2. 3 eod.

k) Es verdient faſt nicht bemerkt zu werden, daß einige Schriftſteller eine ſolche vollſtändige Identität der Publiciana und der Eigenthumsklage für das juſtinianiſche Recht wirklich behauptet haben, aus einer erdichteten Geſchichte des Eigenthums und einer falſchen Interpretation einzelner Stellen (z. B. der in Note f citirten) heraus, die kaum unwiſſender und verkehrter gedacht werden kann.

klagten, ſteht ſie zuweilen gegen die Eigenthumsklage zurück. Es ſind drey Fälle zu unterſcheiden:

1) Iſt der Beklagte weder Eigenthümer noch Uſucapionsbeſitzer, ſo erſetzt ſie vollkommen die Eigenthumsklage, man kommt mit ihr eben ſo gut zum Ziele, als mit dieſer.

2) Iſt der Beklagte Eigenthümer, ſtellt er alſo die exceptio: si ea res possessoris non sit (exceptio dominii) entgegen und beweiſt ſie, ſo wird der Kläger abgewieſen[l]); aber darum kann man nicht ſagen, daß die Publiciana weniger wirkſam iſt, als die Eigenthumsklage, denn auch wenn der Kläger dieſe angeſtellt, ſein Eigenthum bewieſen, der Beklagte aber den Gegenbeweis geführt hätte, daß er ſelbſt Eigenthümer ſey, ſo würde jener ebenſo wie dort abgewieſen worden ſeyn. Ja es kann ſeyn, daß er mit der Publiciana ungeachtet der exceptio dominii durchdringt, wenn er nämlich eine Replik hat, mit der er dieſe entkräften kann. Dieß iſt der Fall, wenn der Kläger (oder ſein Auctor) die Sache von dem Beklagten (oder deſſen Auctor) gekauft hatte, der damals nicht Eigenthümer war, aber es nachher geworden iſt, hier hat er gegen die exceptio dominii deſſelben die replicatio rei venditae et traditae[m]). So können ihm noch andere Gründe, aus denen der Eigenthümer verpflichtet iſt, ihm die Sache zu laſſen, die replicatio doli geben, und daher der Publiciana ihren Erfolg ſichern[n]). Hier iſt die Publiciana ſo weit entfernt, geringere Wirkung zu haben als die Eigenthumsklage, daß vielmehr nur jene zum Ziel führt, denn würde der Kläger die letztere anſtellen, ſo müßte er, da er das Eigenthum nicht beweiſen kann, abgewieſen werden, wenn gleich die Berufung des Beklagten auf ſein Eigenthum zu beſeitigen geweſen wäre[o]).

---

l) L. 17 D. de publ. act. (6, 2).

m) L. 4 §. 32 D. de doli exc. (44, 4) L. 2 D. de exc. rei vend. (21, 3). *n*) L. 28 D. de noxal. act. (9, 4).

o) — actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit L. 4 C. de edendo (2, 1) vgl. L. 5 pr. D. si ususfr.

3) Iſt der Beklagte ſelbſt Uſucapionsbeſitzer, ſo ſiegt der Beſitzer, der Publiciana ſteht die exceptio bonae fidei possessionis entgegen (in pari causa melior est conditio possidentis). Der Eigenthumsklage nicht, daher vertritt hier jene Klage keineswegs die Stelle der rei vindicatio. Doch giebt es einen Fall, wo die exceptio durch eine Replik beſeitigt werden kann: wenn beide ihren Uſucapionsbeſitz von demſelben non dominus ableiten, und der Kläger ihn früher erhalten hat. Er würde hier gegen jenen non dominus ſelbſt mit einer Replik geſchützt werden, und dieſe muß ſich auch deſſen Succeſſor gefallen laſſen[p].

CCXXXIV. Bey Feldgrundſtücken nimmt der Eigenthumsſchutz unter gewiſſen Umſtänden eine beſondere Geſtalt

---

pet. (7, 6). Auch ſetzt die replicatio doli eine *exceptio* dominii voraus, die Behauptung des mit der Eigenthumsklage Belangten aber, daß er, nicht der Kläger, Eigenthümer ſey, iſt keine Exceptio, ſondern eine Negation, vgl. §. 170 Note bb.

p) Ulpian. L. 9 §. 4 D. de publ. act. (6, 2) nach Julianus. Eine andere Theorie ſtellt der Proculianer Neratius auf L. 31 §. 2 D. de act. emti (19, 1), dieſer will ſtets die Priorität des Beſitzes entſcheiden laſſen, eine Anſicht, die in der That keinen innern Grund für ſich hat. In der erſten Stelle iſt übrigens ein möglicher Fall nicht entſchieden, wenn nämlich die zwey von verſchiedenen non domini ihr Recht herleitenden zu gleicher Zeit gegen einen dritten Beſitzer klagen wollen und nun die Frage entſteht, mit welchem von ihnen dieſer ſich einlaſſen müſſe. Für die Entſcheidung dieſer Frage glaubt man nun von der Anſicht des Neratius Gebrauch machen zu können. Dieß wäre aber wohl nicht anders zuläßig, als wenn dafür nicht eine weniger willkührliche Entſcheidung gewonnen werden könnte. In dieſer Extremität befinden wir uns nicht, da es gar nicht nothwendig iſt, einem von beiden den Vorzug zu geben. Bleiben wir bey dem Grundſatz ſtehen, daß jeder gleiches Recht hat, ſo kann der Beſitzer von keinem zur Einlaſſung genöthigt werden, wenn er nicht von ihm gegen die Möglichkeit einer doppelten Condemnation ſicher geſtellt wird. Um dieß zu bewirken, muß einer den andern abfinden, geſchieht dieß nicht, ſo iſt jeder zurückzuweiſen und der zu erwarten, welcher mit der rei vindicatio aufzutreten vermag.

an. Dieß iſt der Fall, wenn die Gränzen anſtoßender Güter beſtritten ſind; es iſt dafür eine eigene, aus den Zwölf Tafeln ſtammende Klage beſtimmt, welche die Vindication erſetzt: die actio finium regundorum [a]).

Die rei vindicatio kann nicht bloß wegen eines ganzen Fundus, der im Beſitz eines Andern iſt, angeſtellt werden, ſondern auch wegen eines einzelnen Stücks deſſelben (eines locus §. 223 a. A.), das aber, indem es zum Gegenſtand einer ſelbſtſtändigen Vindication gemacht wird, ſelbſt den Charakter eines Fundus erhält [b]). Dieſe Vindication ſetzt jedoch voraus, daß eine beſtimmte Begränzung deſſelben angegeben wird. Der Kläger alſo, welcher behauptet, eine gewiſſe Stelle, die ſein Nachbar als Theil ſeines Guts behandelt, gehöre vielmehr zu dem ſeinigen, ſey alſo ſein Grundſtück, müßte dieſes Stück bey der Vindication ganz genau beſtimmen, und wenn er etwa zu viel angegeben hätte, würde er abgewieſen werden müſſen, und hätte damit auch den Anſpruch auf das ihm wirklich Gebührende verloren [c]). Jener Anforderung zu genügen, wird aber bey Gränzſtreitigkeiten dem, der ſich durch Uebergriffe ſeines Nachbars für beeinträchtigt hält, ſehr häufig nicht möglich ſeyn, um daher ſolche Uſurpationen durch Beſchränkung des Verletzten auf die unter dieſen Umſtänden mißliche Vindication nicht zu begünſtigen, hat das Recht eine Klage wegen eines ſeinem Umfang nach noch unbeſtimmten

---

a) Zuletzt hat dieſen Gegenſtand behandelt und neue Aufſchlüſſe darüber gegeben Rudorff über die Gränzſcheidungsklage, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. X. 7.

b) L. 60 pr. D. de V. S. (50, 16).

c) L. 7 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis quum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet — — proinde et si proponis mihi certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio —. Die vindicatio incertae partis, die unter Umſtänden geſtattet wird (§. 165 Note f*), bezieht ſich nur auf einen ideellen Theil, nicht auf einen locus.

Locus gegeben[d]), und dieſe iſt die actio finium regundorum, wie wir ſie in den juſtinianiſchen Rechtsbüchern dargeſtellt finden.

Das iudicium finium regundorum findet Statt, wenn die Gränzen zwiſchen anſtoßenden Feldgrundſtücken (das confinium praediorum rusticorum) beſtritten ſind. Es fällt weg, wenn ſie durch einen öffentlichen Weg oder Fluß geſchieden ſind[e]). Der Zweck iſt vor allem die Herſtellung der wahren Gränzen, inſofern vertritt die Klage die Vindication[f]), wenn ſie ſich aber nicht nachweiſen laſſen, ſo hat der Richter das beſtrittene Stück als gemeinſchaftlich zu betrachten und wie bey einer andern Theilungsklage durch Adjudication zu theilen, womit ſich auch Condemnationen wie bey den übrigen Theilungsklagen verbinden können (§. 167)[g]). Das Judicium iſt daher auch duplex, keine Partey trifft vorzugsweiſe das onus probandi, und jede kann condemnirt werden (§. 175 Note d). Aber dieſer Ausgang des Judiciums, daß der Richter das ungewiſſe Stück theilt und ſomit neue Gränzen conſtituirt, iſt nur das äußerſte, ohne größeren Nachtheil nicht zu umgehende Mittel, das Durchhauen des Knotens, der ſich auf andere Art nicht löſen läßt. Die Ermittelung der wahren Gränzen iſt die erſte und eigentliche Aufgabe des Richters. Dieſe zu erleichtern, werden Einrichtungen getroffen werden, welche beſtimmt ſind, die Gränzen zu ſichern, ſie erkennbar zu machen, ihre Wiederauffindung, wenn eine Verdunkelung eingetreten iſt, zu unterſtützen. Auf dieſes Bedürfniß nahmen die Römer von früheſter Zeit an durch Gebrauch und Begünſtigung künſtlicher

---

d) L. 60 §. 2 D. de V. S. (50, 16): sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest quatenus determinetur et definiatur.

e) L. 2 pr. 4 §. 10. 11 L. 5. 6 D. finium regund. (10, 1).

f) L. 1 D. eod.: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

g) L. 2 §. 1 L. 4 §. 1. 2 D. eod.

Gränzen Bedacht, die Gränzen zu bezeichnen, zu ſichern, und zu ihrer Wiederauffindung mitzuwirken, war ein beſonderer Beruf, die ſich ihm unterzogen, hießen finitores, mensores, ſpäter agrimensores [h]). In Folge dieſer Einrichtungen entſtand eine eigenthümliche Beſchränkung der Gränzſcheidungsklage, die wir im älteren Recht finden und die nun dargeſtellt werden ſoll.

Die Gränzſtreitigkeit zeichnet ſich aus durch eine Theilnahme dieſer Kunſtverſtändigen bey der Unterſuchung und Entſcheidung. Die Anweiſung dazu nimmt einen erheblichen Platz in den Schriften der Agrimenſoren ein. Eine doppelte Theilnahme der Menſoren kommt vor, ſie fungiren entweder als Beiſtände und Beiräthe der Parteien und des Richters, oder ſelbſt als Richter, denen die Entſcheidung übertragen iſt [i]). In beiden Fällen ſetzt ihre Theilnahme voraus, daß auf die Entſcheidung Fragen ihrer Kunſt Einfluß haben, ihre Function als Richter aber ließ ſich nicht wohl anders als da denken, wo es lediglich auf eine Anwendung ihrer Berufskenntniſſe ankam, wo die Entſcheidung alſo von Rechtsregeln (z. B. dem Beſitz, der Uſucapion) ganz unabhängig war [k]).

Die Zwölf Tafeln verordneten, daß für die Gränzſtreitigkeit als Richter tres arbitri gegeben werden ſollten, ohne Zweifel Kunſtverſtändige, welche die Gränzen ermitteln und feſtſtellen rein nach den Regeln ihrer Kunſt, die Berückſichtigung von Rechtsgründen, durch welche die Gränzen hätten verändert werden können, namentlich (was am nächſten lag) der Uſuca-

---

h) Rudorff a. a. O. S. 412 ff.

i) Aggen. in Frontin. p. 64. 75 Goes.

k) Die Agrimenſoren bedienen ſich bey dieſer Frage nach den Entſcheidungsgründen der Ausdrücke: rem magis esse iuris quam nostri operis (Goes. p. 56, wo die Uſucapion entſcheidet), non est disciplinae nostrae iudicium (Goes. p. 56, bey dem Beſitzſtreit), magis prudentiae est (Aufgabe der Jurisprudenz) quam professionis (des Menſorenberufs) u. ſ. f. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 418 f.

pion wurde deshalb ausgeſchloſſen. Eine Berufung auf langen Beſitz des ungewiſſen Stücks von einer Partey ſollte in dieſem Proceß nicht gehört werden, ſie ſollte die Herſtellung des nach den Regeln der Kunſt zu ermittelnden Finis nicht hindern. Die Anwendung aber dieſes Gränzproceſſes, der in dieſer bedeutenden Weiſe ausgezeichnet wurde, mußte der Willkühr entzogen werden, es geſchah durch die Beſtimmung, daß er nur intra quinque pedes ſtattfinden ſoll, dieß nennen die Agrimenſoren controversia de fine; was darüber hinausliegt, bildet den Gegenſtand der controversia de loco, bey welcher Kunſtregeln ebenfalls zur Entſcheidung beitragen, und Menſoren daher zum Beweis und Beirath zugezogen werden können, bey der aber auch Rechtsgründe (namentlich die Uſucapion zuläßig, und die Menſoren daher nicht Richter ſind[l]). Die Lex Mamilia ſetzte einen Arbiter an die Stelle der drey[m]), im übrigen wiederholte ſie die Verordnung der Zwölf Tafeln[n]). Die gewöhnliche Vorſtellung von den fünf Fuß dieſer Geſetze iſt die,

---

l) Hygin. de controv. agror., Rhein. Muſ. für Jurispr. VII S. 158 ff. Frontin. de controv. p. 39 sq. Goes. Der ſ. g. Simplicius p. 79 Goes.

m) Dieß hängt ohne Zweifel damit zuſammen, daß in dem Formularproceß überall die Einzahl an die Stelle der Dreizahl der Arbitri trat §. 154 S. 37.

n) Cic. de legib. I 21: — controversia nata est de finibus, in qua quoniam usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt — — nec mamilia lege singuli, sed ex XII tres arbitri fines regemus. Sic. Flacc. p. 8 Goes.: signantur autem (die als Gränzzeichen dienenden Bäume) utrinque, id est ex utraque possessione intra pedes quinos, ut legis mamiliae commemorationem habeant. Der ſ. g. Simplicius p. 83 Goes.: — praeterea lex mamilia fini latitudinem praescribat — qninque pedum esse latitudinem — ergo si corpus habet fines (l. finis), aliter sentire debemus quam ut singularem tantum lineam intueamur. Aggen. in Frontin. p. 53 Goes.: de fine enim lex mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.

daß ſie als ein Gränzrain zu verſtehen ſeien, der (gleich dem Limes) dem Privateigenthum entzogen war und als res publica galt. Dieſes letztere iſt gewiß unrichtig, wie Rudorff gezeigt hat, auch gegen das erſte erklärt er ſich[o]), mir ſcheint es bey weitem das natürlichſte, daß man durch die Vorſchrift eines Gränzrains, zu deſſen Herſtellung jeder Nachbar 2½ Fuß Breite unbeackert laſſen mußte, die Sicherheit und Kunde der Gränze aufrecht erhielt, und einen Pfad und Raum zum Ausackern der Furche und Umkehr des Pflugs verſchaffte[p]).

---

o) Er hält die Herſtellung eines ſolchen Gränzrains für etwas durchaus facultatives, was ſie ſpäter allerdings war, jeder hätte bis an die Gränzlinie ackern dürfen, nur habe jeder auf 2½ Fuß Breite an der Gränze den Weg des einen Pflugſtiers vom Nachbar dulden müſſen. Siculus Flaccus (p. 13. 14 Goes.) ſagt: illud vero invenimus aliquibus locis, ut inter arva vicini *arceantur* confundere fines eoque usque aratrum perducere, ut in finibus solidam marginem non relinquant, quo discerni possint fines, alſo: an einigen Orten beſtehe das Gebot eines Gränzrains. Ueber das Recht der Lex Mamilia iſt damit nichts entſchieden, aber dieſer Inhalt der Stelle hat an ſich etwas bedenkliches; einmal iſt es auffallend, daß zu irgend einer Zeit (auch unabhängig von der außer Uebung geſetzten Vorſchrift jenes Geſetzes) das Inſtitut der Gränzraine eine ſolche Seltenheit geweſen ſeyn ſollte, ſodann aber paßt die Wortfolge der Stelle in der That wenig zu jenem Sinn, ſondern vielmehr zu dem entgegengeſetzten. Darum halte ich arceantur für eine Corruption aus concedantur (vgl. über dieſe Conſtruction Schulting iurispr. anteiust. p. 459). (Noch näher liegt arguantur. Außer dieſer Stelle iſt aber noch zu vergleichen Hyginus de controv. (Rhein. Muſ. 1834 p. 159) finis enim multis documentis servabitur — aut, ut comperi aliis locis inter arva marginibus quibusdam tamquam pulvinis. pulvini sunt ex glarea Tiberis limites constituti. p. 163 si marginibus: quae res oculorum est, ne quid malignitate exaretur, similiter ne quid a vicinis accersiri possit, sed marginibus coepti finitique loci inveniri possint. R.)

p) Dafür ſprechen auch, weit mehr als für die Erklärung Rudorff's die Note n citirten Stellen der Agrimenſoren. Auch die vorkommende Differenz von fünf und ſechs Fuß ſtimmt damit überein; war die controversia de fine als ein den Gränzrain betreffender Streit beſtimmt, ſo war eine locale Abweichung in der Breite wohl zuzulaſſen, ohne daß

Das Recht der Lex Mamilia war alſo dieß: für das iudicium finium regundorum ſoll ein Menſor als Arbiter beſtellt werden, und keine Berufung auf Uſucapion (oder, bey Provincialgrundſtücken, auf longi temporis possessio) ſtattfinden. Dieſe Behandlung der Sache aber tritt nur ein, wenn es ſich um den Gränzrain, den das Geſetz zur Breite von fünf Fuß vorausſetzt, handelt. Später ſcheint die Lex Mamilia außer Anwendung gekommen zu ſeyn, am erſten da, wo die Sitte des Landes der Herſtellung von Gränzrainen entgegen war, nach dem Recht, wie es zur Zeit der römiſchen Juriſten galt, blieb vielleicht von den zwey Beſchränkungen des Gränzſcheidungsproceſſes: auf praedia rustica, und auf den finis in jenem beſonderen Sinn, nur die erſte, wenigſtens wird dieſe allein in den Ueberbleibſeln der juriſtiſchen Schriften, die wir beſitzen, erwähnt[q]).

Als der ordo iudiciorum privatorum abgeſchafft und auch

---

man dadurch den Maßſtab für die Frage, was eine controversia de fine ſey, verlor. Nach Rudorff's Anſicht wäre der Maßſtab die abſtracte Größe von fünf Fuß geweſen, von der man nicht hätte abweichen dürfen, ohne das Geſetz weſentlich zu verändern.

q) So verſtehe ich auch die corrupte Stelle des ſ. g. Simplicius p. 79 Goes.: ***ordinem legis mamiliae excessum plurimum, praecipue *in agris* arcifiniis, sed nec minus in adsignatis. Cuius enim loci modum nulla forma praescribit, *si* controversia oritur, nullo alio statu ad litem deduci debet, *quam* ut de loco agatur. Solent quidem per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in *rem* praesenti plus quidem quam de finium regundorum agatur. Sic fit ut — rescindi possit quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumserint. Um dieſen Punkt brauchte ſich eigentlich der Menſor nicht zu bekümmern, es war die Sache deſſen, der ihn beſtellte, daß unſer Autor deſſenungeachtet darauf eingeht, darf nicht wundern, da es zu allen Zeiten die Neigung der in rechtlichen Angelegenheiten gebrauchten Kunſtverſtändigen war, aus ihrem Gebiet in die eigentlich juriſtiſchen Fragen überzugreifen.

die Befugniß der Delegation von Rechtsſachen an iudices pedanei beſchränkt wurde (§. 182), kehrte man wieder zu der früheren Beſchränkung, nur mit einer Modification in ihrer Auffaſſung zurück. Conſtantin verordnete 331, ein Menſor als Arbiter ſolle nur beſtellt werden können, wenn das beſtrittene Stück nicht über fünf Fuß in der Breite betrage, der Proceß über ein größeres ſoll als Eigenthumsſtreit behandelt und lediglich von dem Präſes ſelbſt entſchieden werden [r]). Dieſe Beſchränkung hob Valentinian II 385 wieder auf, für jeden Gränzſtreit, welchen Umfang auch ſein Object haben möge, ſind Kunſtverſtändige als Richter zu beſtellen, und bei jedem fällt die Einrede der Erſitzung weg [s]). Sieben Jahre nachher ſtellte Theodoſius I das conſtantiniſche Recht wieder her [t]). Juſtinian aber hat das Princip des valentinianiſchen Geſetzes in ſeine Legislation aufgenommen, ſo jedoch daß die Agrimenſoren nur als ſachverſtändige Gehülfen des Richters zugezogen, nicht mehr ſelbſt als Richter beſtellt werden, und daß zwar nicht der Einwand der ordentlichen, wohl aber der außerordentlichen Erſitzung von dreißig Jahren gegen die actio finium regundorum erhoben werden kann [u]). Die Natur der actio finium regundorum ſtellt ſich alſo nach juſtinianiſchem Recht ſo wie ſie am Eingang dieſes Abſchnitts gegeben wor-

---

r) L. 3 C. Th. fin. reg. (2, 26).

s) L. 4 C. Th. eod.

t) L. 5 C. Th. eod.

u) Von dem valentinianiſchen Geſetz (Note s) iſt nur der erſte Satz (Quinque pedum praescriptione summota, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio), das theodoſiſche aber (Note t) iſt ganz umgeſtaltet aufgenommen L. 5. 6 C. fin. regund. (3, 39). — Auch die Verfaſſer des weſtgothiſch römiſchen Geſetzbuchs haben das conſtantiniſche Recht verworfen, indem ſie überhaupt nur Ein Geſetz des Titels finium regundorum aufgenommen haben (L. 2 unſerer Ausgaben), die übrigen ſind nur in der Sammlung der Agrimenſoren erhalten, und daraus in die Ausgaben des Cod. theod. recipirt worden.

den iſt, die Beſchränkung auf einen Raum von gewiſſer Größe iſt weggefallen.

Geſchichte des Eigenthums.

CCXXXV. Wir vermögen keinen Rechtszuſtand zu denken, in dem nicht auch ſchon der Begriff des Eigenthums, der rechtlichen Unterwerfung von den der menſchlichen Herrſchaft am vollkommenſten und unbedingteſten hingegebenen Gegenſtänden, zum Bewußtſeyn gekommen wäre. Eine doppelte Geſtaltung aber des Eigenthums bietet ſich als möglich dar. Entweder wird die rechtliche Genoſſenſchaft, deren Glied der Menſch iſt, als das Subject alles Eigenthums betrachtet, und der Einzelne nur als Verwalter und Nutznießer einzelner Theile dieſes Geſammtguts, oder auch der Einzelne wird als Subject eines Eigenthums anerkannt. Erſt wenn dieſer letzte Schritt geſchehen iſt, wird die rechtliche Geſtalt des Eigenthums vollendet ſeyn, denn erſt hier, wo es dem Eigenthum anderer Gleichſtehender gegenüber tritt, führt das Eigenthum zu Rechtsverhältniſſen unter den Perſonen; der Staat als alleiniger Eigenthümer würde ſich in Hinſicht auf das Eigenthum nur andern Staaten gegenüber finden, mit denen er nicht unter einer gemeinſamen rechtlichen Verfaſſung ſteht, gegen die er daher ſein Eigenthum nicht auf rein rechtlichem Wege verfolgt. Mit jenem Fortſchritt zu dem Eigenthum Einzelner verträgt ſich übrigens wohl das fortdauernde Bewußtſeyn, daß der Einzelne auch in der Ausübung ſeines Eigenthums ein Glied des Ganzen ſey und politiſch betrachtet in ſeinem Gut Verwalter eines Theils des geſammten Nationalreichthums, und dieſes Bewußtſeyn wird eine rechtliche Form theils in Vermögensſteuern, theils in Beſchränkungen annehmen, die aus dem Geſichtspunkt des gemeinen Beſten dem Privateigenthum auferlegt werden (§. 231); was in jenem Fortſchritt liegt, iſt dieß, daß die Beſtimmung der Güter für den Gebrauch der Einzelnen ſich als Eigenthum derſel-

ben ausprägt, wogegen die Anſprüche der Geſammtheit nur als politiſche Beſchränkungen dieſes Eigenthums erſcheinen, und daß eben ſo dem Staat nur das Eigenthum an den Gütern zuerkannt wird, die für ſeine Zwecke unmittelbar beſtimmt ſind, während nach jenem erſten Princip des ausſchließlichen Geſammteigenthums der Beſtimmung der Güter für die Zwecke der Einzelnen überall die rechtliche Form des Eigenthums entzogen, und nur die eines Genuſſes fremden Eigenthums gegeben iſt [a]).

Von der Zeit an, wo das römiſche Volk in die beglaubigte Geſchichte eintritt, finden wir auch Privateigenthum bey ihm, aber zuerſt nur an beweglichen Sachen. In Beziehung auf die Sachen dagegen, die einen Beſtandtheil des Staatsterritoriums ausmachen, die unbeweglichen alſo, war das Bewußtſeyn, daß ſie durch Eroberung des Gebiets von dem ganzen Gemeinweſen, nicht durch eine vereinzelte Thätigkeit gewonnen worden waren, und das Gefühl, welchem der Staat mit dem Grund und Boden, auf dem er ſich erbaut, verwachſen iſt, verbunden mit der Unterordnung der Einzelintereſſen unter den Staat, — alles dieß war mächtig genug, um den Gedanken an ein Privatgrundeigenthum zu entfernen. Der Staat war ausſchließlich Grundeigenthümer, der Einzelne

---

a) Ein analoges Verhältniß auf einem andern Gebiet: es iſt ein Gebot der chriſtlichen Moral, daß jeder in ſeinen Gütern ſich als bloßen Verwalter und Haushalter Gottes betrachten ſoll, dieß widerſpricht keineswegs der rechtlichen Geſtaltung des Eigenthums, ja jenes Gebot ſetzt ſie voraus, wie die Moral überhaupt die Freiheit vorausſetzt, welche die Möglichkeit des Böſen einſchließt. — Das Inſtitut des Privateigenthums kann durch Mißbrauch in einzelnen Fällen die ſittlichen oder politiſchen Intereſſen vorübergehend hemmen, aber es dient noch viel öfter zu ihrer Förderung, wo die Thätigkeit der kirchlichen oder politiſchen Organe nicht ausreicht oder auch geſchwächt iſt, und in jedem Fall iſt es eine unerläßliche Bedingung für die Erfüllung der geſammten Aufgabe des Menſchen.

dachte ſich nur als Beſitzer und Nutzer der Grundſtücke, ſo weit der Staat Beſitz und Genuß verliehen hatte (Bd. I §. 40). Dieß iſt die possessio am ager publicus in ihrer älteſten Geſtalt, die das Privateigenthum erſetzte, und daraus ergiebt ſich, daß ſie nicht mit dem Beſitz, von dem im dritten Kapitel die Rede war, identiſch iſt[b]). Jenes Privateigenthum an beweglichen Sachen wurde durch die Formel bezeichnet: meum est ex iure quiritium. Daß dieſes Eigenthum an Mobilien urſprünglich das einzige war, darauf ſcheint mir auch die älteſte Form der Vindication (§. 161) zu deuten, ſchwerlich wäre man auf die Nothwendigkeit der Gegenwart der Sache vor Gericht (die nach der Ausdehnung auf Grundſtücke anfangs zur Verlegung der Gerichtsſtätte an den Ort des Grundſtücks, endlich zur Subſtituirung einer Scholle führte) gekommen, wenn man gleich von Anfang Grundſtücke als Objecte (und damit als die wichtigſten) der Vindication im Auge gehabt hätte.

Die Ausſchließlichkeit des Staatseigenthums an Grundſtücken fiel durch die Aufnahme des plebejiſchen Elements in das Staatsgebiet (Bd. I §. 43), das Jus Quiritium erſtreckte ſich von da an auch auf den Grund und Boden, nur ein Theil deſſelben blieb ager publicus, gleich anfangs, da die Patricier damals noch ausſchließlich an ihn gewieſen waren, ein ſehr beträchtlicher, und er wurde durch die Eroberungen ſtets vergrößert, da alles eroberte Land Staatseigenthum wurde, und erſt durch Aſſignation oder quäſtoriſchen Verkauf in das Privateigenthum übergehen konnte. Die Aſſignationen und Verkäufe wurden, auch nachdem die Patricier des Privatgrundeigenthums theilhaftig geworden waren, aufs ſparſamſte, und nur wo das äußere Bedürfniß drängte, vorgenommen. Zuerſt

---

b) Das freilich hatte ſie mit dieſem Beſitz gemein, daß auch ſie niemand als suam ex iure quiritium vindiciren konnte, wie auch nicht jenen Festus v. possessio.

ſo lange die Patricier ſich in dem ausſchließlichen Recht auf die Poſſeſſio des Ager publicus erhielten, geſchah es im Intereſſe dieſer, nachher in dem der Reichen; der Grund gegen die Erweiterung des Privatgrundeigenthums, daß der Staat aus dem ager publicus einen beträchtlichen Theil ſeiner Revenuen bezog, war in der That nur ein ſcheinbarer, da durch Verwandlung in beſteuertes Privateigenthum der Staat dieſen Nutzen nicht verloren hätte, ja den Grund und Boden für die Einzelnen und ſich hätte nutzbarer dadurch machen können. Die Inſufficienz des Ager privatus gegenüber der Menge der Einwohner führte auf die Beſchränkung des Maßes für das Grundeigenthum durch die leges de modo agri (Bd. I §. 57), und zuletzt auf die verſchwenderiſchen und für den Staat unmittelbar wenigſtens nutzloſen Vertheilungen des Gemeinlands durch die ſpäteren leges agrariae (Bd. I §. 72), denen endlich das Daſeyn des Ager publicus in Italien völlig unterlag.

Der Name possessio blieb noch dem Rechtsverhältniß bey ſolchen Grundſtücken, die nicht im Jus Quiritium ſich befanden, vorausgeſetzt daß deſſenungeachtet eine Privatberechtigung an ihnen ſtattfand, alſo mit Ausſchluß namentlich derer, die allem menſchlichen Recht entzogen ſind (§. 223). Als das römiſche Reich über Italien hinaus ſich ausdehnte, und ein neuer Beſtandtheil in den Provinzen hinzukam, ward gleich von Anfang feſtgeſetzt, daß an dem Provincialboden kein Jus Quiritium möglich ſeyn ſolle. Dieß hinderte nicht ein dem Eigenthum analoges Recht an demſelben, ſoweit er nicht dem Staat vorbehalten wurde, und es wurden daher (obwohl man ſagen mochte, der ganze Provincialboden ſey Staatseigenthum) c) auch hier ager publicus und privatus unterſchieden, das Eigenthum aber an dem letzteren, wie

---

c) Gai. II. 7.

man es ſeinem inneren Gehalt nach nennen darf, wurde wie der Beſitz des Ager publicus mit dem Namen possessio bezeichnet (Bd. I §. 68).

Das Privateigenthum hat ſeit der Bildung des römiſchen Staats ein immer größeres Gebiet dem Syſtem des Staatseigenthums abgewonnen, zum Theil in der unvollkommeneren Form der Poſſeſſio, mit der ſich jenes Syſtem wenigſtens theoretiſch noch vereinbaren ließ (Note c), zum Theil in der vollkommenen, aus demſelben vollſtändig herausgetretenen des quiritiſchen Rechts. Betrachten wir nun das letztere genauer in ſeinem rein juriſtiſchen Charakter, um die Veranlaſſung eines Gegenſatzes gegen daſſelbe zu finden, der ſich von ſeiner Entſtehung an eine lange Zeit im römiſchen Recht erhalten hat.

Das quiritiſche Eigenthum, durch welches das Princip des ausſchließlichen Staatseigenthums anfangs für bewegliche, dann auch für unbewegliche Sachen überwunden, und in dem das Privatrecht an Sachen als ein ſelbſtſtändiges, von dem Staatseigenthum unabhängiges und ausgeſchiedenes anerkannt worden war, iſt nicht bloß zu Gunſten des Staatseigenthums, ſondern auch, abgeſehen von dieſer Oppoſition, der innern Natur des altrömiſchen Rechts gemäß in gewiſſe Schranken eingeſchloſſen, welche theils den Gegenſtand, theils das Subject, theils endlich die Erwerbung deſſelben betreffen.

1) Abgeſehen von den Sachen, die dem menſchlichen Recht überhaupt, und denen, die wenigſtens dem Privatrecht entzogen ſind, und darum natürlich auch dem quiritiſchen Recht, giebt es noch ſolche, an denen dieſes letzte insbeſondere nicht ſtattfindet. Dieß ſind die praedia provincialia[d]),

---

d) Sofern ſie agri privati ſind heißen ſie praedia stipendiaria tributaria (Band I §. 88 Note d).

alle außerhalb Italien gelegenen Grundſtücke, wenn ſie nicht zu dem Gebiet einer Stadt gehören, die das Jus italicum hat (Bd. I §. 89. 94).

2) Das quiritiſche Eigenthum iſt nur denkbar bey den Perſonen, die das commercium (iuris civilis) haben, alſo nur bey römiſchen Bürgern und Latinen, nicht bey einem Peregrinen, wenn ihm nicht ausnahmsweiſe das Commercium durch eine beſondere Conceſſion ertheilt iſt.

Dieſe beiden Beſchränkungen ſetzen nothwendig voraus, daß es außer dem quiritiſchen Recht noch ein anderes Eigenthum oder eigenthumsähnliches Verhältniß giebt; denn ein ſolches wird an Provincialgrundſtücken und bey Peregrinen anerkannt. Bey den Provincialgrundſtücken hat dieſes nichtquiritiſche Eigenthum den für den Genuß des Ager publicus herkömmlichen Namen possessio (Note c), doch wird ſpäter auch der Ausdruck dominium darauf angewendet[e]). Gaius gebraucht ihn auch für das Eigenthum der Peregrinen[f]), und ebenſo wurden ohne Zweifel auch andere römiſche Bezeichnungen des Eigenthumsrechts darauf übertragen (z. B. res eius est) nur natürlich nicht die Worte ex iure quiritium. Den Peregrinen ſtand zur Verfolgung ihres Rechts vor dem praetor peregrinus oder dem Prätor der Provinz eine in rem actio zu, mit der Intention si paret rem actoris esse[g]), alſo in der Weiſe der formula petitoria[g*]). Die Frage aber, ob ein

---

e) Fragm. vat. 315. 316. *f*) Gai. II. 40.

g) (Frontin p. 76 Goes. nennt dieſe Klage eine vindicatio *ex aequo*, das heißt nach ius gentium, vielleicht wurde dieſer Zuſatz in die Formel geſetzt. Die Anwendung der Interdicte auf die provincialen Privatpoſſeſſionen bezweifelt er, weil ſie durch dieſe Vindication erſetzt ſind und die Ausübung des natürlichen Eigenthums keine ächte Poſſeſſio iſt. R.)

*g**) Die Klage per sponsionem dagegen (§. 168) war nicht anwendbar, weil die Peregrinen der Stipulation mit spondes, spondeo unfähig

Peregrine Eigenthümer ſey, wie alſo Peregrinen Eigenthum erwerben können, entſchied ſich dadurch, daß gewiſſe Erwerbungen als ſolche des Jus Gentium anerkannt wurden (naturales adquisitiones §. 237), deren daher auch die von dem Jus civile Ausgeſchloſſenen fähig waren. Ein Grundſatz des Jus Gentium iſt es, daß die factiſche Gewalt über eine Sache die rechtliche nach ſich zieht, wenn nicht das Recht eines Andern entgegenſteht, daß man alſo unter dieſer Vorausſetzung durch den Erwerb des Beſitzes auch das Eigenthum erwirbt, alſo durch Tradition und durch Occupation einer herrenloſen Sache. Dieſe Erwerbungen wurden auch auf das Eigenthum an Provincialgrundſtücken (mochten die Eigenthümer Peregrinen oder Römer ſeyn) angewendet[h]); es kommt ferner bey dieſen ein der Uſucapion analoges Inſtitut, die longi temporis praescriptio (§. 240) vor, welche den Beweis der rechtlichen Erwerbung erſetzen konnte, und wir können unbedenklich annehmen, daß ein gleiches Bedürfniß bey dem Peregrineneigenthum auf gleiche Weiſe befriedigt worden iſt. Tradition und Occupation waren die Rechtsgeſchäfte, durch die nach dem Jus Gentium Eigenthum erworben wurde, nun giebt es noch Eigenthumserwerbungen, die ohne einen beſondern Act vor ſich gehen, welche von den Römern ebenfalls dem Jus Gentium zugeſchrieben, und damit als den Peregrinen zukommend anerkannt wurden (§. 242), und da ſie aus der Natur der Sache mit innerer Nothwendigkeit folgen, ſo konnten ſie auch von dem Eigenthum an Provincialgrundſtücken nicht ausgeſchloſſen werden.

---

waren (Gai. III. 93. 120); man hätte alſo eine andere Formel wählen müſſen, zu einer ſolchen Uebertragung dieſer ſich an die legis actio sacramento anſchließenden Klagform auf die Peregrinen war keine Veranlaſſung gegeben.

h) Schon für die älteſte Poſſeſſio am Ager pubicus galt die Beſitzergreifung als Erwerbsart Festus v. possessiones.

CCXXXVI. 3) Sehen wir nun ab von der Ausſchließung gewiſſer Sachen und Perſonen von dem quiritiſchen Eigenthum, betrachten wir dieſes alſo innerhalb des Kreiſes, in welchem es zuläßig iſt: bey den römiſchen Bürgern (und Latinen) und an den demſelben zugänglichen Gegenſtänden, ſo gelangen wir noch auf eine Beſchränkung, die mithin eine eſoteriſche iſt, und die einen inneren Gegenſatz hervorgerufen hat, der nicht mit jenen äußeren (durch das Eigenthum an Provincialgrundſtücken und durch das Peregrineneigenthum gebildeten) verwechſelt werden darf. Dieſer Gegenſatz beſteht darin, daß bey den Römern ſelbſt, und an den des quiritiſchen Eigenthums fähigen Sachen ein doppeltes Eigenthum ſich gebildet hat, da neben das quiritiſche ein natürliches, wie wir es einſtweilen nennen wollen, getreten iſt[a]).

Indem wir die allein mögliche Richtung dieſes Gegenſatzes beſtimmen und ſorgfältig feſthalten, wird ein feſter Boden

---

a) Gai. II. 40: Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur, aut enim ex iure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiritium dominus, alius in bonis habere. Ueber den Urſprung dieſes natürlichen Eigenthums, ſowie über ſeine Erwerbung und ſeinen Schutz ſind verſchiedene Anſichten aufgeſtellt worden, unter andern in folgenden Abhandlungen: Unterholzner über die verſch. Arten des Eigenthums und die verſch. Geſtaltung der Eigenthumsklagen (1827), Rhein. Muſ. I S. 129—144. Zimmern über das Weſen des ſ. g. bonitariſchen Eigenthums (1829), Rhein. Muſ. III S. 311—364. Unterholzner zur Lehre vom ſ. g. bonit. Eig. (Bemerkungen zu Zimmern's Abh.) Rhein. Muſ. V. 1. Mayer über das duplex dominium des R. R. (1832), Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſ. VIII. 1. de Scheurl, num iuris gentium adquisitionibus dominium civile romanorum effectum sit, diss. 1836. Vgl. auch Puchta Lehrbuch für Inſt. Vorleſ. (1829) S. xxv ff.

für die Theorie des natürlichen Eigenthums, und auch wo die geſchriebenen Quellen uns verlaſſen, eine gewiſſe Sicherheit ihrer hauptſächlichſten Reſultate zu gewinnen ſeyn. Die Entſtehung des natürlichen Eigenthums, von dem wir ſprechen, neben dem quiritiſchen iſt offenbar durch eine Schranke dieſes letzteren veranlaßt worden, über die es nicht hinausreicht, während das natürliche von ihr frey iſt[b]). Dieſe Schranke liegt aber nicht in den Gegenſtänden, ſo daß das natürliche für ſolche Sachen beſtimmt wäre, die dem quiritiſchen Recht entzogen ſind, denn dieß iſt entſchieden nicht der Fall, die Gegenſtände haben beide gemein; darum darf das natürliche Eigenthum nicht an die Poſſeſſio des Ager publicus oder der Provincialgrundſtücke angeknüpft werden. Ebenſowenig liegt ſie in den Perſonen, ſo daß das natürliche Eigenthum für Perſonen beſtimmt wäre, die des quiritiſchen unfähig ſind, vielmehr ſind es die römiſchen Bürger, bey denen beide unterſchieden werden (Note a); der Begriff des erſteren darf daher auch nicht mit dem Eigenthum der Peregrinen in Verbindung gebracht werden. Mithin bleibt nur Ein Ausgangspunkt übrig: die Beſchränkung, welcher das quiritiſche Recht in Beziehung auf die Erwerbung unterlag; und dieß iſt denn auch das Merkmal des Falls, der in unſern Quellen als das vornehmſte Beiſpiel jenes Eigenthums aufgeführt wird: wenn

---

b) Das quiritiſche Recht iſt beſchränkter als das natürliche, daher kann jemand dieſes haben, ohne dominus ex iure quiritium zu ſeyn, und zugleich iſt in gewiſſer Hinſicht das natürliche beſchränkter als das quiritiſche, daher man dieſes (als nudum ius quiritium) ohne jenes haben kann (das natürliche kann verloren ſeyn, ohne daß das quiritiſche verloren iſt). Hiernach könnte man denken, es müßte auch zuläßig ſeyn, von dem letzteren Standpunkt auszugehen: von der Schranke des natürlichen, die das quiritiſche Recht nicht hat; aber dieß iſt dadurch ausgeſchloſſen, daß das quiritiſche das erſte war, zu dem das andere als Ergänzung (und allerdings auch als Corrigens) hinzu kam (Note a), nicht umgekehrt.

eine res mancipi ohne Mancipation oder In Jure Ceſſio durch bloße Tradition hingegeben wird [c]).

Die römiſchen Juriſten leiten die Erwerbsarten des Eigenthums theils aus dem Jus civile, theils aus dem Jus Gentium ab [d]). Hat dieſe Unterſcheidung einen bloß doctrinellen Charakter? Keineswegs, ſie hat die praktiſche Bedeutung, daß naturaliter auch die Peregrinen, civiliter, wo nicht eine beſondere Ausnahme gemacht iſt, nur die Cives und Latini erwerben können. Die Geſchichte der natürlichen Erwerbsarten ließe ſich nun auf doppelte Weiſe denken 1) ſo daß auch ſie von Anfang an im römiſchen Recht beſtanden hätten, und erſt nachher zum Vortheil der Peregrinen aus den übrigen ausgeleſen worden wären, 2) ſo daß ſie, oder wenigſtens die hauptſächlichſten derſelben, als Eigenthumserwerbsarten erſt ſpäter mit der Entwickelung des Jus Gentium überhaupt in das Rechtsbewußtſeyn der Römer eintraten, früher alſo die Erwerbung des Eigenthums auf die civilrechtlichen Arten beſchränkt war. Bey der erſten Annahme müßte man entweder eine den wirklichen Thatſachen, ja dem allgemeinen Charakter der Rechtsentwickelung widerſprechende Geſchichte des römiſchen Rechts zu Grunde legen, man müßte den Fortſchritt aus einem ſtreng und ſtarr individuellen Rechtszuſtand zu einem freieren läugnen, indem man dieſen letzteren ſchon in die älteſte Zeit verlegte, und ſo in der That die Geſchichte der Eigenſchaft einer geiſtigen Bewegung beraubte,

---

c) Gaius fährt nach der in Note a abgedruckten Stelle fort (II. 41): Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, set tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias, semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

d) Gai. II. 65 sqq. L. 1 pr. 53 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1).

oder man müßte, was nicht weniger unbegreiflich wäre, gerade für das Eigenthum eine Ausnahme machen, während in den Obligationen, im Erbrecht u. ſ. f. jener Fortſchritt anerkannt werden muß. Aber es bedarf nicht einmal dieſer Appellation an den Geiſt der Geſchichte überhaupt, die Exiſtenz ſolenner, mit umſtändlichen Formen umgebener Erwerbsarten ſchließt von ſelbſt das gleichzeitige Entſtehen gleichanwendbarer und gleichwirkſamer formloſer Erwerbungen aus. Es iſt undenkbar, daß man die Uebertragung des Eigenthums durch In Jure Ceſſio vor dem Magiſtrat aufzuſtellen unternommen hätte, während ſchon der Rechtsſatz beſtand, daß man denſelben Zweck ohne Umſtände durch einfache Tradition erreichen könne[e]).

Es bleibt uns alſo nur die zweite Annahme, die ohnedieß die natürlichere iſt, übrig, daß es eine Zeit gab, wo man ſich vor Gericht bey der Geltendmachung des Eigenthums nur auf eine Erwerbung ex iure civili berufen konnte. Wir müſſen aber hier ſofort eine Art natürlicher Erwerbung außer allem Anſatz laſſen, wobey die erworbene Sache überhaupt nicht mehr für ſich und ſelbſtſtändig, ſondern nur als Theil einer andern zur Sprache kommt. Es giebt nämlich Fälle, wo das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach ſich zieht (man faßt ſie unter dem Namen der accessio zuſammen §. 242); daß z. B. das Eigenthum am Grund und Boden das Eigenthum an dem darauf errichteten Gebäude in ſich ſchließt, iſt eine innere Nothwendigkeit, es iſt ebenſo ein

---

e) Gaius (II. 25) ſagt, man bediene ſich der in iure cessio zur Uebertragung des Eigenthums faſt gar nicht mehr, man ziehe bey res mancipi die Mancipation vor, bey der es des mit größerer Schwierigkeit verbundenen Angehens des Magiſtrats nicht bedürfe. Noch weniger wurde ſie natürlich bey res nec mancipi angewendet, da bey ihnen damals ſchon die Tradition ausreichte. Offenbar gab es eine Zeit, wo die In Jure Ceſſio auch in ihrer Anwendung auf die Eigenthumsübertragung nicht überflüſſig war.

Satz des ius civile als des ius gentium [f]), und hat daher gewiß von jeher gegolten. Für unſere gegenwärtige Frage ſind dieſe Fälle irrelevant, weil bey dem Eigenthumsproceß nicht die Erwerbung der Acceſſion, ſondern der Hauptſache nachzuweiſen iſt, zu der jene gehört und deren Schickſal ſie nothwendig theilt. Dagegen ſchließen wir durch jene Beſchränkung des quiritiſchen Eigenthums auf die civilrechtlichen Erwerbungen diejenigen aus, die in der Erwerbung des Beſitzes beſtehen, alſo die Tradition und Occupation. Von der Tradition iſt es gewiß, daß ſie an res mancipi noch nach ſpäterem Recht nicht das quiritiſche Recht gab (Note c). Anders bey res nec mancipi, und zwar ſchon zu Cicero's Zeit [g]); galt dieß aber von jeher? Dieſem ſteht vor allem der Grund entgegen, der vorhin aus der Exiſtenz der In Jure Ceſſio entnommen worden iſt (Note e), auf der anderen Seite iſt der Satz als ein ſpäterhin eingeführter ſehr erklärlich: man gab der Tradition jene Wirkung, um für die Veräußerung der Sachen, auf welche die Mancipation nicht anwendbar war (§. 238, 3), einen Privatact zu gewinnen und die beſchwerlichere In Jure Ceſſio überflüſſig zu machen, auch im Intereſſe der öffentlichen Verwaltung ſelbſt, da man Grund hatte, die allzuhäufige Behelligung der Magiſtrate mit dergleichen Formalitäten zu vermeiden. Wir ſagen daher: nicht die Ausſchließung der Tradition (als Erwerbung des quiritiſchen Eigenthums) bey res mancipi iſt das Beſondere jenes ſpäteren Rechts, ſondern ihre Zulaſſung bey res nec mancipi, und dieß wird durch den Grund beſtätigt, den Paulus für die Unmöglichkeit der Beſtellung des Uſusfructus bey Gelegenheit der Tradition einer res nec mancipi giebt: civili enim actione constitui potest, non traditione *quae iuris gen-*

---

f) L. 2 D. de superf. (43, 18): — (aedium) proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

g) Ulpian. XIX. 7. Cic. top. 5.

tium est[h]). Er behandelt damit jene Wirkung der Tradition bey dieſen Sachen als eine Singularität, die nicht zu einer vollen Gleichſtellung mit der Mancipation und In Jure Ceſſio verleiten dürfe, und den Grund ihrer geringeren Wirkſamkeit findet er in ihrer Abſtammung aus dem Jus Gentium, ein Grund, der irgend einmal auch für das Eigenthum gegolten haben muß[i]). Was von der Tradition, das muß auch von der Occupation gelten, ohne die Ausſchließung dieſer von dem quiritiſchen Erwerb würde auch die Ausſchließung jener nicht denkbar ſeyn, da ja ſonſt jede Tradition als eine Dereliction und darauf folgende Occupation betrachtet, und dadurch der Satz, daß ſie nicht das quiritiſche Recht bewirkt, erfolglos gemacht werden könnte. Vor allem darf der Umſtand nicht irre machen, daß die römiſchen Juriſten von der Occupation als der urſprünglichſten Erwerbsart ſprechen[k]); dieß geſchieht vom Standpunkt des allgemeinen Rechts[l]), von welchem aus überhaupt das Jus Gentium als das frühere gegenüber dem Jus civile erſcheint[m]). Eben ſo irrelevant für unſere Frage iſt es, daß ſie der Occupatio die Wirkung des Eigenthumserwerbes beilegen (naturali ratione nostrum fit), denn das natürliche Eigenthum bewirkte ſie ja damals ſchon längſt, und dieſes war in der Hauptſache nicht weniger wirk-

h) Fragm. vat. 47.

i) Dadurch erhält auch der Satz: mit den Peregrinen iſt kein Commercium, erſt die volle Bedeutung, die er ohne Zweifel in der älteſten Zeit hatte, man konnte von dem Peregrinen kein quiritiſches Eigenthum erwerben, weil die Tradition, zu welcher er fähig war, nicht dazu hinreichte.

k) L. 1 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

l) Es iſt die Katechiſation bey Goethe: „Bedenk' o Kind! woher ſind dieſe Gaben? Du kannſt nichts von dir ſelber haben? „„Ey! Alles hab' ich vom Papa."" „Und der, woher hat's der?" „„Vom Großpapa."" „Nicht doch! woher hat's denn der Großpapa bekommen?" „„Der hat's genommen.""

m) §. 11 I. de rer. div. (2, 1).

ſam als das quiritiſche; hervorzuheben, daß es nur natürliches, nicht quiritiſches ſey, dazu fand man deswegen ſich weniger veranlaßt, weil hier dem natürlichen nicht ein quiritiſcher Eigenthümer gegenüberſtand. Dieſer Umſtand hätte einen ſpäteren Juriſten ſogar bewegen können, dem Occupanten ſofort das quiritiſche Eigenthum (das plenum ius ſ. unten) zuzuſchreiben), denn wozu, hätte er von dem Geiſt des ſpäteren Rechts aus argumentiren können, wozu die Wirkung der Occupation beſchränken, da kein Recht irgend einer andern Perſon (welches nicht auf geſetzliche Weiſe aufgehoben wäre) entgegenſteht? Wir wiſſen nicht, daß dieſe Behauptung wirklich vorgekommen iſt[n]), wäre es aber auch geſchehen, ſo würde dieß für das an den Formen feſthaltende alte Recht nichts beweiſen. Man hat geglaubt, aus einer Stelle des Gaius ſchließen zu dürfen, daß in einem Fall wenigſtens die Occupation ſchon nach älteſtem Recht Eigenthum gegeben habe, bey der Erbeutung nämlich[o]). Mehr als alles, ſagt Gaius, hätten die Alten das Erbeutete für das Ihrige gehalten. Dieſe Bemerkung ſieht nun von vorn herein einer den römiſchen Kriegsruhm erhebenden Phraſe ähnlicher, als einem juriſtiſchen Gedanken. Geben wir ihr aber auch dieſe letztere Eigenſchaft, ſo iſt von der Occupation als dem Grund dieſes vorzüglichen Eigenthums gar nicht die Rede, und konnte es auch nicht ſeyn, weil der Einzelne ſein Eigenthum an der Beute nicht von ſeiner Occupation, ſondern nur von dem Staat ableiten konnte, dem unmittelbar die Beute zufiel (§. 238 a. A.). Das *maxime* sua esse credebant kann aber überhaupt nicht auf die Qualität des Eigenthums gehen,

---

n) Nur daß einigermaßen mit dieſem Gedanken der Umſtand zuſammenhängt, daß Gaius das natürliche Eigenthum in der Lehre von den Eigenthumserwerbsarten bloß bey der Tradition erwähnt.

o) Gai. IV. 16: — festuca autem (bey der Vindication §. 161) utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent, unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

denn das Beuteeigenthum war ſicherlich kein anderes als das durch In Iure Ceſſio ꝛc. gegebene; es muß (immer unter der Vorausſetzung, daß der Aeußerung ein juriſtiſcher Gedanke zu Grunde liegt, was ich, wie geſagt, nicht garantiren möchte) einen Vorzug bedeuten, welcher der unmittelbaren Erwerbung aus der Beute wirklich vor anderen Erwerbungen zukam, und dieß könnte kein anderer ſeyn, als die Sicherheit gegen Eviction, während bey den übrigen erſt die Uſucapion den Erwerber gegen die Möglichkeit, daß ſein Auctor nicht Eigenthümer geweſen, ſicher ſtellte und von der Furcht, ein Anderer möchte ſich als der wahre Eigenthümer ausweiſen, befreite. Endlich muß hier noch der Erwerb der Erzeugniſſe einer Sache durch den Eigenthümer oder andere dazu Berechtigte genannt werden, deſſen verſchiedene Geſtalten unten vorkommen werden (§. 242 a. E.)[p]).

Um alſo eine Sache vindiciren zu können, mithin um als Eigenthümer ex iure quiritium zu gelten (denn nur dieſes Recht gab urſprünglich die Befugniß zur in rem actio), mußte man einen Act der Erwerbung nachzuweiſen im Stande ſeyn, den das Jus civile als ſolchen anerkannte[q]) und dieſer Acte

---

p) Wenn wir hier keine Ausnahme von unſerem Princip, die ſich nicht erweiſen läßt, zugeben, alſo dabey ſtehen bleiben, daß dadurch allein urſprünglich kein Eigenthum entſtand, ſo erhält die Vorſchrift der Zwölf Tafeln de glande legenda (§. 231 Note bb) erſt ihre volle Bedeutung.

q) Paulus in den juſtin. Digeſten L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1): In rem actio competit ei qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisivit, hat man öfters dafür angeführt, daß die Quelle der Erwerbung auf die Exiſtenz des quiritiſchen Eigenthums keinen Einfluß habe. Dagegen iſt zu erinnern vor allem, daß wenn zur Zeit des Paulus auch dieſer Satz (vermöge eines natürlichen Fortſchritts der Rechtsentwickelung ſ. unten) gegolten hätte), daraus für das ältere Recht nichts folgen würde. Noch mehr: Paulus konnte ſich ſo ausdrücken, auch wenn nur einige Erwerbungen des Jus Gentium jene Wirkung hatten, wie es wirklich der Fall war. Endlich aber hätte er ſogar ſo, wie er gethan hat, ſprechen können, wenn der Unterſchied noch

waren anfangs nur wenige und dem Geiſt des Rechts gemäß mit Solennitäten verbundene. Dieſe Beſchränkung gewährte für die Rechtspflege einen bedeutenden Vortheil, die Entſcheidung der Frage, wer Eigenthümer ſey, wurde durch ſie und die Solennität der Erwerbungen ſehr erleichtert. Dem Bedürfniß einer über jene Acte hinausgehenden Möglichkeit des Erwerbs genügte damals vollkommen die Ergänzung, die der Kreis jener Erwerbungen in der Uſucapio fand, es war dazu der Beſitz einer kurzen Zeit erforderlich, dieſen Beſitz aber von ein oder zwey Jahren nachzuweiſen, konnte man billig von dem verlangen, der (ſey es durch Nachläßigkeit oder ſonſt) zu der Sache nicht auf die ſolenne Art gekommen war, in deren Forderung das alte Recht hier wie in andern Rechtsverhältniſſen eine Garantie gegen Rechtsverletzungen fand.

Was aber für ein einfaches Rechtsleben genügte, das erſchien in entwickelteren Verhältniſſen als unzureichend; eine Beſchränkung, die dem Geiſt des Volks in älterer Zeit zuſagte, wurde bey Erweiterung des Rechtsbewußtſeyns als eine Laſt empfunden. Es kam die Zeit eines lebhafteren Verkehrs, einer größeren Bewegung, eines häufigeren Wechſels im Eigenthum, Handel und Gewerbe thaten ſich hervor, bey denen die Forderung einer Eigenthumsübertragung durch die umſtändlichen Acte der Mancipation und In Jure Ceſſio großentheils unthunlich ſcheinen mußte[r]). Dieß führte zuerſt auf den Rechtsſatz (ob er auf bloßem Gewohnheitsrecht beruht, oder durch eine Lex eingeführt oder beſtätigt wurde, das müſſen wir dahin geſtellt ſeyn laſſen), daß bey res nec mancipi die Tradition die Wirkung des quiritiſchen Eigenthums, ſo gut wie die

in ſeinem ganzen Umfang beſtand, denn er ſagt ja nicht: *civilis* in rem actio, ſondern in rem actio ſchlechtweg, uud eine ſolche ſtand damals und ſchon viel früher dem natürlichen wie dem quiritiſchen Eigenthümer zu.

r) Daher entſtand das Recht, daß der Käufer, wenn nichts anderes verabredet iſt, nur die Tradition der Sache, nicht die Mancipation fordern kann, und daß der Tauſch durch bloße Tradition geſchloſſen wird.

In Jure Ceſſio, haben ſollte[s]). Möglich, daß man nachher noch weiter gieng, und noch anderen natürlichen Erwerbungen, die mit Beſitzerwerb zuſammenfallen, an jenen Sachen dieſelbe Wirkung beilegte, wahrſcheinlich iſt dieß nicht. Denn das nächſte Bedürfniß war durch jene Ausdehnung der quiritiſchen Erwerbungen befriedigt, und nachher trat eine Ausdehnung des Eigenthums ſelbſt hinzu, welche, indem nun das Recht der Vindication nicht mehr nothwendig jenes quiritiſche Eigenthum vorausſetzte, die weitere Erleichterung ſeiner Erwerbung praktiſch überflüſſig machte. Dieſe Ausdehnung des Eigenthums, welche dadurch geſchah, daß ein nichtquiritiſches für die Römer und an Sachen, an denen auch quiritiſches möglich war, entſtand, haben wir jetzt ins Auge zu faſſen.

Nach dem bisher beſchriebenen Rechtszuſtand konnte es häufig vorkommen, daß jemand gerichtlich nicht als Eigenthümer anzuerkennen war, von dem man nach allgemeineren Rechtsanſichten dieß hätte behaupten müſſen, z. B. wenn jemand ein Grundſtück, einen Sclaven, ein Pferd gekauft hatte, und ſich es hatte bloß tradiren laſſen, und noch nicht die Uſucapionszeit abgelaufen war, wenn eine Sclavin geboren hatte und das Kind noch nicht ein Jahr alt war, wenn jemand Früchte von ſeiner Sache bezogen und noch nicht ein Jahr beſeſſen hatte. Aber die allgemeineren Rechtsanſichten waren eben nicht die der älteſten Römer, dieſe fanden es nicht ungerecht, dem die Vindication zu verſagen, der ſich dort der Mittel, die ihm das Recht für eine vollgültige Erwerbung darbot, nicht bedient, und hier unachtſamer Weiſe den Beſitz aus der

---

s) Die Tradition ſetzt ſtillſchweigend voraus Varro de R. R. II. 1: — quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Neque in omnibus (nicht nämlich bey den pecudes, die zu den res mancipi gehören) satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii.

Hand gelaſſen hatte[t]). Dieß änderte ſich aber mit dem Eintritt einer freieren Rechtsanſchauung in das Bewußtſeyn des römiſchen Volks (Band I §. 84). Am erſten mußte ſich dieſes erweiterte Rechtsgefühl gegen die Conſequenz des bisherigen Rechts auflehnen, daß ſogar gegenüber dem Verkäufer, der die res mancipi bloß tradirt hatte, und gegenüber ſeinen Nachfolgern der Empfänger ſchutzlos war, da jener noch immer das Eigenthum und die Vindication gegen ihn hatte. Der Prätor trat ins Mittel, er gab dem Käufer gegen die Vindication die exceptio doli, welche im Fall des Kaufs den beſonderen Namen exceptio rei venditae et traditae hat[u]). Es verſteht ſich, daß dieſer Schutz nicht auf den Fall des Kaufs eingeſchränkt wurde; auch wenn außerdem ein obligatoriſches Verhältniß zwiſchen dem quiritiſchen Eigenthümer und dem Beſitzer beſtand, wodurch jener verpflichtet war, dieſem die Sache zu laſſen und alſo nicht ſich, ſondern vielmehr ihn als den Eigenthümer zu behandeln, gab der Prätor dem letzteren gegen die Vindication eine exceptio doli. Wie aber, wenn der quiritiſche Eigenthümer im Beſitz war? Ohne Zweifel blieb der Prätor, als das ausſchließliche Feſthalten an dem quiritiſchen Recht im Volk nachließ, nicht bey jenem Schutz durch Exceptio

---

t) War ihm die Sache geſtohlen oder geraubt worden, ſo hatte er die actio furti, von der, eben auch in dieſer Rückſicht, der Grundſatz galt, daß ſie das Eigenthum nicht vorausſetzt, der bonae fidei possessor hat ſie L. 12 §. 1 D. de furtis (47, 2), der Pächter noch vor dem Erwerb der Früchte L. 26 §. 1 eod. — Wer dieſen Rechtszuſtand undenkbar findet, dem müßte eigentlich die Beſchränkung der Vindication beweglicher Sachen, wie ſie im älteren deutſchen Recht vorkommt, als ein reiner Unſinn erſcheinen.

u) Im juſtinianiſchen Recht kommt ſie in dieſer Anwendung natürlich nicht mehr vor, ſondern nur in der andern, wodurch ſie den ſchützt, der von einem Nichteigenthümer erworben hat (ſ. unten und §. 233 Note m). Es iſt aber kein Grund vorhanden, anzunehmen, dieſe Exceptio habe gegenüber dem quiritiſchen Eigenthümer nicht ſtattgehabt, auf welchen Fall ſie dem Namen und der Sache nach vollkommen paßt.

ſtehen, er gab dem unvollkommenen Erwerber eine Vindication (vgl. Note z), und hielt ſie gegen den Einwand des quiritiſchen Eigenthums in jenen Fällen durch die replicatio rei venditae et traditae aufrecht. Und damit war der große Schritt gethan, den Erwerber, der nur der formellen Beſchränktheit des Jus civile wegen nicht als Eigenthümer erſchien, von dem Standpunkt des allgemeinen Rechts aber als ſolcher ſich darſtellte, dem Effect nach wie einen Eigenthümer zu behandeln, und neben das quiritiſche ein zweites Eigenthum für die Römer zu ſtellen. Denn war man einmal zu dieſer Klage gelangt, ſo war es undenkbar, ſie auf den Fall, wo dem Kläger ein quiritiſcher Eigenthümer in jener Art als Gegner gegenüberſtand, einzuſchränken, man mußte ſie überhaupt gegen jeden Beſitzer geben, der ein geringeres Recht als der Kläger hatte. Und dieſes zweite Eigenthum beſchränkte ſich bald nicht auf die Fälle, wo jemand nach Jus Gentium Eigenthümer war, ohne es nach Jus civile zu ſeyn. Der Prätor fand ſich veranlaßt, ſelbſt neue Erwerbungen des Eigenthums aufzuſtellen, indem er z. B. gewiſſe Perſonen als Erben behandelte, die nach Jus civile es nicht waren, alſo auch nicht quiritiſche Eigenthümer der erbſchaftlichen Sachen vor der Uſucapion, denen er aber jetzt ſchon die Vindicationen des Erblaſſers gab, ferner indem er die Gläubiger in den Beſitz der Güter eines inſolventen Schuldners einwies mit dem Recht, ſie zu verkaufen[v]), dann indem er den Sclaven der ein Delict begangen hatte, wenn der Herr ihn nicht vertheidigte, dem Beſchädigten überwies[w]) u. ſ. f.

Dieſes Eigenthum, das durch den Einfluß des Prätors neben das quiritiſche trat, iſt es, welches oben das natürliche

---

v) Gai. III. 80: neque autem bonorum possessores neque bonorum emptores pleno iure domini fiunt, sed in bonis efficiunt, ius quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt —.

w) L. 2 §. 1 D. si ex nox. causa (2, 9) L. 26 §. 6 D. de noxal. act. (9, 4): — iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.

genannt worden iſt, das wir auch prätoriſches nennen könnten, welches aber die Römer mit dem allgemeinen Ausdruck: in bonis esse, in bonis habere bezeichnen [x]). Denn überhaupt kann man ſagen, der hat eine Sache in ſeinem Vermögen, der gegen die Abforderung derſelben geſchützt iſt [y]), und im Fall der Beſitzentziehung eine Klage auf Wiedererlangung hat [z]). Dieß iſt der Fall bey dem quiritiſchen Eigenthümer, wenn ſeiner Vindication nicht die exceptio rei venditae et traditae oder eine gleich wirkſame exceptio doli entgegenſteht, aber auch bey dem, welchen der Prätor durch Exceptio und Klage als Eigenthümer behandelt, alſo bey dem ſ. g. bonitariſchen.

Der Begriff dieſes bonitariſchen Eigenthums läßt ſich nach dem Bisherigen ſo feſtſtellen: es iſt das auf prätoriſchem Schutz beruhende Eigenthum eines römiſchen Bürgers (oder Latinus) an einer des quiritiſchen Eigenthums fähigen Sache, welches durch eine aus dem Jus Gentium ſtammende und von dem Jus civile nicht adoptirte, oder durch eine von dem Prätor aufgeſtellte, alſo auf dem magiſtratiſchen Imperium beruhende Erwerbsart entſtanden iſt. Nun ſind drey Fälle möglich: 1) es hat jemand die Sache in bonis und zugleich ex iure quiritium (alſo pleno iure), dieß iſt z. B. der Fall, wenn von dem bonitariſchen Eigenthümer die Uſucapion vollendet worden iſt, überhaupt wenn jemand das Jus Quiritium, ohne

---

x) Daraus iſt dann ſpäter der Name dominus bonitarius entſtanden, der bey Theophilus (paraphr. I. 5, 4) in der griechiſchen Ueberſetzung δεσπότης βονιτάριος vorkommt, wie auch für den quiritiſchen Eigenthümer δεσπότης iure quiritario. Auch der Ausdruck dominus legitimus bey Varro (de R. R. II. 10) iſt ohne Zweifel im Gegenſatz gegen das bloße in bonis gebraucht. So nennt anch Theophilus a. a. O. das quiritiſche Eigenthum ἔννομος δεσποτεία, das in bonis φυσικὴ δεσποτεία.

y) L. 190 D. de R. I. (50, 17): Quod evincitur, in bonis non est.

z) L. 52 D. de adqu. dom. (41, 1): Rem in bonis nostris habere intelligimur quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.

daß ein Anderer die Sache in bonis hat[aa]); 2) es hat jemand die Sache in bonis, während ein Anderer noch quiritiſcher Eigenthümer iſt, das Verhältniß dieſes letzteren heißt nudum ius quiritium[bb]); 3) es hat jemand die Sache in bonis, ohne daß ein Anderer das Jus Quiritium hat, wie dieß namentlich in Folge gewiſſer Erwerbungen des Jus Gentium geſchehen kann. Das nudum ius quiritium iſt ein gegenüber dem bonitariſchen Eigenthümer von ſeinen Wirkungen entblößtes, bloß nominelles Recht[cc]), das reelle Eigenthum iſt das bonitariſche. Darum hat der dritte Fall praktiſch keine Bedeutung, und wird auch von den römiſchen Juriſten nicht beſonders hervorgehoben; daß jemand bloß bonitariſcher Eigenthümer war, das gab ſeinem Eigenthum nun keine geringere Wirkſamkeit[dd]), nur im zweiten Fall machte es das gegenüberſtehende quiritiſche Eigenthum nöthig, den Begriff des in bonis hervorzuheben und ſeine Wirkſamkeit näher zu beſtimmen.

Es iſt noch die Klage, die dem bonitariſchen Eigenthümer zuſtand, anzugeben. Sicher war es eine Vindication, und zwar eine prätoriſche, alſo eine utilis vindicatio, und noch be-

---

aa) Note c, v, Gai. II. 204 und Gai. I. 54: ceterum quum aput cives romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis vel ex iure quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur —.

bb) Gai. I. 54. III. 166.

cc) So giebt es auch nicht die Poteſtas über den Sclaven und die Befugniß zu manumittiren (§. 213, 2), nur Eine Wirkung hat es: durch die Freilaſſung einer Sclavin von dem bonitariſchen Eigenthümer erhält nicht dieſer, ſondern der das nudum ius quiritium hatte, die Tutel nach der Lex Junia Gai. I. 167.

dd) Mit der Ausnahme, daß er den Sclaven durch Manumiſſion bloß zum Latinus machen konnte (§. 213, 2), und auch dieß galt vielleicht bloß, wenn neben dem in bonis ein nudum ius quiritium beſtand. Ferner, er kann die Sache nicht per vindicationem legiren, aber das Legat wird aufrecht erhalten durch das S. C. neronianum Gai. II. 196. 222. Ulp. XXIV. 7. 11 a. Auch kann er nicht Servituten iure civili auflegen, da er ſelbſt nicht iure civili die Sache hat, nur ſchützt der Prätor die beſtellten Servituten ſo gut, als das Recht des Beſtellers.

ſtimmter eine ficticia actio, bey der die Intention von der civilis in rem actio: si paret rem A. A. esse ex iure quiritium, durch eine Fiction herübergenommen wurde[ee]). Dieſe Fiction gieng am natürlichſten auf eine Erwerbung ex iure civili, und hier lag im Allgemeinen keine näher als die Uſucapion. Dieſe hatte eine doppelte Beſtimmung: 1) das Eigenthum ſicherer zu ſtellen, als durch die problematiſche Wirkſamkeit der derivativen Erwerbungen geſchieht (§. 233), 2) die formell mangelhafte Erwerbung zu ergänzen, alſo das nichtquiritiſche in quiritiſches Eigenthum zu verwandeln[ff]). Wollte alſo der Prätor die Vindication auf den bonitariſchen Eigenthümer übertragen, ſo geſchah dieß am einfachſten durch Fiction der vollendeten Uſucapion. Eine ſolche Vindication mit dieſer Fiction finden wir nur wirklich in unſeren Quellen, die publiciana in rem actio (§. 233); die Theorie, welche das juſtinianiſche Recht davon giebt, iſt freilich nur für eine andere Anwendung der Klage beſtimmt, die oben dargeſtellt worden iſt, dieß

---

ee) Ein ſeltſamer Einfall iſt es, die formula petitoria (§. 168) ſey die Klage aus dem bonitariſchen Eigenthum geweſen, da Gaius (IV. 92), wo er ſie der Actio per sponsionem entgegenſetzt, ſagt, es ſey die Formel qua actor intendit, rem suam esse, ohne den Zuſatz: ex iure quiritium, den er aber hier (während er anderwärts vorkommt) aus dem logiſchen Grund wegläßt, weil im Gegenſatz zur intentio in personam in Folge der Sponſio nichts darauf ankam, der Zuſatz vielmehr nur den Gegenſatz geſchwächt hätte. Aber ganz abgeſehen davon iſt jene Behauptung von vorn herein unhaltbar, weil die formula petitoria eine gewiſſe Klagform, aber keine Klage iſt. Sicherlich wurde auch die Klage aus dem bonitariſchen Eigenthum per formulam petitoriam angeſtellt, wie denn ferner ganz ohne Zweifel ihre formula eine arbitraria war, aber wenn jemand auf die Frage: welches iſt die Klage aus dem bonitariſchen Eigenthum? antworten wollte: es iſt die formula arbitraria, ſo wäre das nicht wunderlicher, als wenn er ſagte: es iſt die formula petitoria.

ff) Beide Beſtimmungen hebt Gaius hervor II. 41—44, mit der letzteren macht er den Anfang. — Von dem Standpunkt des reinen Civilrechts hat der bonitariſche Eigenthümer vor dem bonae fidei possessor nichts voraus, beide ſind ihm Nichteigenthümer, und bloß in conditione usucapiendi, civiles possessores.

ſchließt aber natürlich die Anwendung auf das bonitariſche Eigenthum nicht aus, die im juſtinianiſchen Recht keinen Platz finden konnte gg). Wenn wir ſonach annehmen, daß die Publiciana auch für das bonitariſche Eigenthum beſtimmt war, ſo folgen wir in der That nur einer gewiſſen Nothwendigkeit, die uns verbietet, nach einer andern Klage zu ſuchen, wenn eine gegebene die deſiderirten Eigenſchaften vollſtändig beſitzt. So erklärt ſich denn auch erſt vollkommen die Hervorhebung von Kauf und Tradition im Edict, es war der Hauptfall des bonitariſchen Eigenthums, den auch Gaius ſo beſonders hervorhebt. Aber Gaius beſchreibt auch wirklich die Publiciana ganz ſo, daß es faſt unſtatthaft wird, anzunehmen, er habe bloß die bonae fidei possessio im Sinn gehabt hh). Allerdings

---

gg) Nicht entgegen ſteht die Faſſung des prätoriſchen Edicts in den Digeſten (§. 233 Note e). Ich nehme nicht an, daß die Interpolation, welche in der Stelle ſichtbar iſt — denn der Prätor ſprach nach L. 7 §. 11 L. 8 D. de public. (6, 2) ausdrücklich von dem qui bona fide emit, ſtatt deſſen die Compilatoren die Worte ex iusta causa eingeſchaltet haben, um gleich von vorn auszudrücken, daß die Klage ſich nicht auf den Kauf beſchränke — unſeren Punkt betreffe. Aber die uns überlieferten Worte können möglicherweiſe nur ein Theil des Edicts über die Publiciana ſeyn, der für das juſtinianiſche Recht noch allein praktiſche, während der vorausgehende, das bonitariſche Eigenthum betreffende, weggelaſſen wurde, ja die Worte non a domino ſcheinen ſogar auf einen Gegenſatz zu einem andern Fall, wo die exceptio dominii unwirkſam iſt, zu deuten. Ferner die Bemerkung des Gaius in L. 8 cit., in dem Edict (nämlich in dieſem Theil deſſelben) ſtehe nichts von pretium solutum, man müſſe daher annehmen, der Prätor habe dieſes Erforderniß nicht feſtſetzen wollen, erhält im Grunde erſt dann ihre volle Prägnanz, wenn in einem andern Theil des Edicts dieſe Bedingung geſtellt war, und dieß war der das bonitariſche Eigenthum betreffende; erſt dann konnte die dortige Weglaſſung vollkommen zu dem Schluſſe berechtigen, den Gaius macht.

hh) Gai. IV. 36: datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: iudex esto. si quem hominem etc. vgl. §. 233 Note e.

jedoch war die Publiciana nicht die ausſchließliche Klage für das bonitariſche Eigenthum, ſie wurde nur angewendet, wo die Erwerbung mit einem Beſitzerwerb verbunden war[ii]). In andern Fällen wurde die Fiction auf andere Erwerbsarten gerichtet, ſo bey dem bonorum possessor auf das Erbrecht[kk]). Endlich gab es einen Fall, wo dem bonitariſchen Eigenthümer die Vindicatio ohne Fiction, nämlich ſo gegeben wurde, wie ſie ein Cognitor oder Procurator für den Eigenthümer anſtellt[ll]).

Die Beſchränkung des quiritiſchen Eigenthums in Beziehung auf den Erwerb, wovon bisher die Rede geweſen iſt, war ſehr wichtig vor der Entſtehung des bonitariſchen; ſeit dieſer Zeit und ſeit dieſes letztere in Beziehung auf den Schutz materiell jenem gleichgeſtellt war, hatte ſie ihre praktiſche Bedeutung gröſtentheils verloren, da man mit dem bonitariſchen in der Hauptſache ſo weit kam als mit dem quiritiſchen Eigenthum. Genau genommen war es nur ein einziger Punkt, in welchem der bloß bonitariſche Eigenthümer ſich reell zurückgeſetzt finden konnte: die Wirkung der Manumiſſion eines Sclaven (Note cc und dd). Die übrigen Unterſchiede waren for-

---

ii) In ihrer zweiten Anwendung wurde ſie über dieſen Fall hinaus erweitert (§. 233 Note b), bey dem bonitariſchen Eigenthum war kein Bedürfniß dafür.

kk) Gai. IV. 34: — is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse — itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucio Titio heres esset, tum si fundum d. q. a. ex iure quiritium eius esse oporteret —.

ll) Gai. IV. 35. Die Klage heißt dort serviana, hier rutiliana. Dieſe Namen können indeſſen nicht auf gleiche Linie mit dem der Publiciana geſtellt werden, weil der letzte die Form für eine gewiſſe Klage im materiellen Sinn bezeichnet, nicht ſo jene Formen, die ſich vielmehr auf alle aus der Perſon des Erblaſſers ꝛc. anzuſtellenden Klagen (in rem und in personam actiones) bezieht.

melle, die von den römiſchen Juriſten noch feſtgehalten wurden, in der vierten Periode aber von ſelbſt untergiengen. Es wurde jedoch auch die latina libertas aufgehoben, und ſo konnte Juſtinian allerdings ſagen, die ganze Unterſcheidung zwiſchen ius quiritium und in bonis ſey ohne Gehalt, das ius quiritium ein leeres Wort und ſolle völlig abgeſchafft ſeyn[mm]).

Aber nicht bloß in ſeinem Gegenſatz gegen das in bonis iſt das quiritiſche Recht abgeſchafft, ſondern auch gegen das Eigenthum an Provincialgrundſtücken, denn dieſen Unterſchied zwiſchen italiſchem und Provincialboden hat Juſtinian durchweg aufgehoben[nn]), und gegen das Eigenthum der Peregrinen, denn die Unterſchiede des Status Civitatis beſtehen nicht mehr (§. 218). So giebt es im juſtinianiſchen Recht überhaupt nur Ein Eigenthum, dieß haben alle des Eigenthums fähige Perſonen an allen Sachen, die dem Privatrecht nicht entzogen ſind, vermöge irgend einer der Erwerbsarten, die noch in jenem Recht anerkannt werden oder neu eingeführt ſind. Aus dieſem Eigenthum entſpringt die civilis in rem actio, wie ſie im juſtinianiſchen Recht vorkommt, ihm zur Seite ſteht die bonae fidei possessio mit der Publiciana, in der oben (§. 233) dargeſtellten Function, und eben ſo iſt für die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae nur die Anwendung auf den, welcher die Sache von einem Nichteigenthümer empfangen hat, wenn dieſer oder ſeine Succeſſoren nachher das Eigenthum gegen jenen oder ſeine Succeſſoren geltend machen wollten, übrig geblieben[oo]).

So hat die civiliſtiſche Geſchichte des Eigenthums dieſes

---

mm) Cod. VII. 25: de nudo iure quiritium tollendo. Er hebt den Punkt, in dem man bis auf die neuere Zeit noch einen Unterſchied machen konnte, beſonders hervor: — sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, *sive servi* sive aliarum rerum ad se pertinentium.

nn) pr. I. de usuc. (2, 6) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31) L. un. §. 15 C. de rei ux. act. (5, 13).

oo) Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae.

allmählich wieder auf den Zuſtand der Einheit zurückgeführt, von dem ſie ausgegangen war. Auch von ſeiner politiſchen Geſchichte läßt ſich eine ſolche Rückkehr auf frühere Zuſtände nur unter anderen Formen und Umgebungen für die ſpäteren Zeiten behaupten, eine wenn auch nicht bewußte und abſichtliche Tendenz zu dem Syſtem des ausſchließlichen Staatsgrundeigenthums. Die kaiſerlichen Domänen wuchſen ins Unermeßliche an, der Grundbeſitz der Großen im Staat, die in verſchiedenen Theilen des römiſchen Reichs zu einer Art von wenigſtens factiſcher Landesherrlichkeit ſich zu erheben ſtrebten, vergrößerte ſich zuſehends, zwiſchen dieſen Potenzen wurde der Raum für die kleineren Grundeigenthümer immer enger, ihre Exiſtenz immer ſchwieriger. Die heilloſe Steueradminiſtration war ganz geeignet, die Verdrängung des kleineren Grundeigenthums zu befördern, ſie machte es für den einfachen Privatmann zu einem verderblichen Beſtandtheil des Vermögens, während die Mächtigeren dem Drückenden der Laſt ſich zu entziehen wußten. Ganze Landſtriche wurden von den Eigenthümern verlaſſen, die auf andere Art, als Colonen oder als Pächter oder auch in den Städten ein Unterkommen ſuchten, andere ſetzten ſich in unterthänige Bauern der Großen um, denen ſie ihr Grundeigenthum aufgaben. In den Geſetzen ſeit Conſtantin kommt ein Patrocinium der Vornehmen vor, dem ſich die Landbewohner ergaben, um von ihnen Schutz gegen die Bedrückungen der Steuerbeamten zu erhalten, ja ſich den unmittelbaren Steuern an den Staat ganz zu entziehen und ſich darin von dem Patron vertreten zu laſſen, indem ſie ſich zu Abgaben gegen dieſen verpflichteten und ihn dadurch gewiſſermaßen zum Obereigenthümer ihres Grundbeſitzes machten. Zu einer anerkannten rechtlichen Geſtalt konnte damals dieſes Verhältniß nicht gelangen, denn es wurde natürlich von der Staatsregierung unter ſchweren Strafen verboten[pp]);

[pp]) Cod. Theod. XI. 24: de patrociniis vicorum. Cod. Iust.

die ſtets ſich erneuernde Wiederholung dieſer Verbote von Conſtantin an bis auf Juſtinian herab zeigt, wie wenig Erfolg ſie hatten, und wie jener Gebrauch ſich immer weiter ausdehnte, bis es ihm in den Zuſtänden des Mittelalters gelang, ſich zu ausgebildeten und anerkannten Rechtsformen zu geſtalten.

Erwerbung des Eigenthums.

CCXXXVII. Das Eigenthum kann ſowohl auf originäre Weiſe als auch durch Succeſſion: Singular- und Univerſalſucceſſion erworben werden (§. 198). Die Ereigniſſe, an welche dort und hier die Erwerbung geknüpft iſt: die einzelnen Erwerbsarten, geſtalten ſich verſchieden. Zum Theil ſind es Begebenheiten, die unwillkührlich jene Folge haben, bey denen daher der Wille des Erwerbers nicht zur Erwerbung gehört, zum Theil beſtehen ſie ganz oder wenigſtens theilweiſe in Handlungen, die der Erwerber vornimmt. Unter dieſen ſind die Rechtsgeſchäfte, welche dieſen Zweck haben, auszuzeichnen; es ſind theils Rechtsgeſchäfte, die das Jus civile mit dieſer Wirkung bekleidete und für die es ſeinem Charakter gemäß in der Regel eine ſolenne Form vorſchrieb, theils beſtehen ſie in der Beſitzerwerbung, dieß iſt die Form, welche dem Jus Gentium zugeſchrieben wird.

Aber dieſe Unterſcheidung von civilrechtlichen und natürlichen Erwerbungen beſchränkt ſich nicht auf dieſe Fälle, alle Er-

---

XI. 53: ut nemo ad suum patrocinium suscipiat rusticanos vel vicos eorum. Salvian. de gub. Dei V. 7. 8: — ac per hoc infelicissimi pauperes sic sunt quasi inter concertantes procellas in medio mari positi, nunc istarum scilicet, nunc illarum fluctibus obruuntur — (Ut vim exactionis evadant) — tradunt se ad tuendum protegendumque maioribus, dediticios se divitum faciunt, et quasi in ius eorum ditionemque transcendunt —. Nec tamen grave hoc aut indignum arbitrarer — si patrocinia ista non venderent —. Novum quippe hoc genus venditionis et emtionis est. Venditor nihil tradit et totum accipit, emtor nihil accipit et totum penitus amittit etc.

werbungen werden darunter begriffen (§. 236)[a]). Nach dieſer Eintheilung, die lange Zeit im römiſchen Recht von größter praktiſcher Bedeutung war, und die auch noch in den juſtinianiſchen Geſetzbüchern feſtgehalten iſt, obwohl ſie hier nur noch einen doctrinellen Charakter hat, ſollen die einzelnen Erwerbsarten aufgezählt werden[b]).

Erwerbungen aus dem Jus civile.

CCXXXVIII. 1) Die urſprünglichſte dieſer Erwerbungen iſt die Ueberweiſung der Sache durch den Willen des Volks mittelſt eines magiſtratiſchen Acts.

Dieſe Erwerbung kam am früheſten vor bey den in den Kriegen erbeuteten Sachen (Band I §. 40 S. 133), die ent-

---

a) Eine Ausnahme machen in gewiſſer Hinſicht die Erwerbungen, welche rein dem prätoriſchen Edict ihren Urſprung verdanken. Von der andern Seite ſchließen ſie ſich aber der Eintheilung an, indem ſie die Form einer der beiden Claſſen annehmen.

b) Eine Aufzählung der Erwerbsarten giebt Varro (de R. R. II. 10), aber nur für das Eigenthum an Sclaven und zwar für das quiritiſche. Er lehrt, wonach der Käufer zu forſchen habe, um ſich zu überzeugen, daß der Verkäufer wirklich Eigenthümer ſey: In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit, aut si in iure cessit cui (l. qui) potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit. Eine andere, zum Theil vollſtändigere Aufzählung hat Ulpian (XIX. 2): Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege, ſie erſtreckt ſich auf alle Sachen, beſchränkt ſich aber ebenfalls auf das quiritiſche Eigenthum, und ſchließt überdieß die adquisitiones per universitatem aus. Gaius (II. 15 sqq.) zieht auch die Erwerbungen aus dem Jus Gentium herein, er nennt mancipatio und traditio, in iure cessio, usucapio (alle dieſe faßt er unter den Begriff der Alienation), ſondern occupatio, alluvio und andere Fälle der Acceſſion, ſ. g. Specification, dann geht er über auf die adquisitiones per universitatem.

weder von dem Imperator an die Soldaten vertheilt[a]), oder in das Aerarium beſtimmt und zu dieſem Zweck verkauft wurden. In beiden Fällen beſtand der Act der Erwerbung in der Addiction der Sache durch den Magiſtrat, im letzteren durch den Quäſtor, der den Verkauf leitete[b]). Der Verkauf geſchah urſprünglich ohne Zweifel im Einzelnen (was nicht ausſchließt, daß man auch wohl Partien von Sachen zuſammenfaßte), ſpäter blieb dieſer Gebrauch nur bey dem wichtigſten Gegenſtand der verkäuflichen Beute, den Kriegsgefangenen, er wird venditio sub corona genannt[c]). Die übrige Beute pflegte dann (auf dieſelbe Weiſe, an den Meiſtbietenden, von dem Quäſtor) im Ganzen verkauft zu werden, ſo daß man die Vereinzelung dem Käufer überließ, auf den das Geſammte als universitas übergieng, dieß wird sectionem venire, der Käufer sector genannt[d]). Ein Speer wurde bey dieſen Verkäufen aufgeſteckt, er bezeichnete die Beute, dieſes Zeichen wurde nachher auf alle derartige Verkäufe von Staatswegen übertragen[e]).

---

a) Dieſen Fall meint Cicero (de invent. I. 45): — si dici possit ex hostibus equus esse captus, cuius praedae sectio non venierit —.

b) Gell. XIII. 24 a. E. Hier wird bemerkt, die Beuteſachen ſelbſt hießen praeda, manubiae dagegen das daraus für das Aerar gelöſte Geld.

c) Der Ausdruck wird abgeleitet von den Kränzen, mit welchen die Kriegsgefangenen zum Verkauf ausgeſtellt wurden. Dieſe Sitte iſt eine Thatſache, aber damit iſt noch keineswegs erwieſen, daß ſie es iſt, welche die erſte Veranlaſſung zu jener Benennung gegeben hat, es läßt ſich auch der umgekehrte Fall denken. Wahrſcheinlich bedeutet der Name urſprünglich die Oeffentlichkeit des Verkaufs, der vor dem Volk, im Ring, unter dem Umſtand des Volks geſchah. Gell. VII. 4. — Bey Gaius und Ulpian kommt dieſer Kauf nicht mehr als eine beſondere Eigenthumserwerbsart vor, ohne Zweifel, weil er es nicht mehr war, alſo in dieſer Hinſicht wie ein anderer Kauf behandelt wurde.

d) Im erſten Fall nimmt der Staat ſelbſt die Sectio vor, hier verkauft er die Sectio an einem Andern.

e) Paul. Diac. ex Festo: Hastae subiiciebantur ea quae publice (d. i. durch einen Magiſtrat im Namen des Volks) venum dabant —. Für

Jener Erwerbung beweglicher Sachen entſpricht bey Grundſtücken der Uebergang des ager publicus in das Privateigenthum. Auch dieſer geſchah auf doppelte Art (entſprechend der Vertheilung und dem Verkauf der Beute), entweder durch Aſſignation, die durch eine lex agraria oder de coloniis deducendis angeordnet, von den dadurch ernannten Magiſtraten ausgeführt wurde, oder durch quäſtoriſchen Verkauf (ager quaestorius §. 223 g. E.). In ſpäteren Zeiten pflegte die Aſſignation bey italiſchem Land durch Mancipation von den Magiſtraten an die Empfänger, in den Provinzen durch einen Scheinverkauf (nummo uno vendere) und Beſitzüberlieferung zu geſchehen[f]; hier iſt alſo die Aſſignation nicht mehr ſelbſt eine beſondere Erwerbsart, ſondern nimmt die Form einer andern, der Mancipation oder Tradition, an, und daſſelbe galt ohne Zweifel (eben wie nach Note c a. E. bey dem Verkauf der Kriegsgefangenen) auch von dem quäſtoriſchen Landverkauf. — Auch das prätoriſche Recht hat Erwerbungen durch Decret des Magiſtrats, die einzelne Sachen betreffen z. B. das possidere iubere wegen verweigerter cautio damni infecti (§. 231 Note u), doch könnten dieſe auch unter den Geſichtspunkt einer Tradition und Occupation gebracht, wenigſtens als bloße anomale Geſtaltungen dieſer Erwerbsarten betrachtet werden.

Unter dieſe Rubrik der Erwerbung gehören aber überhaupt alle die Fälle, wo Güter, die dem Staat zugefallen waren (bona publicata): von Schuldnern des Staats (§. 179), von Verurtheilten, oder aus einem andern geſetzlichen Grund, durch die Behörden (publice) verkauft wurden, deren Käufer

---

einen Privatverkauf dagegen an die Meiſtbietenden wird das Wort auctio gebraucht, daher wählt Cicero (agraria I. 1. 2) dieſes Wort, um das Verfahren eines Tribuns zu tadeln: proscribit auctionem publicorum bonorum — auctionem populi romani proscriptam a tribuno plebis —.

f) Rudorff Ackergeſetz des Sp. Thorius, Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. X S. 115 ff.

(sectores, oder mit einem allgemeineren Namen bonorum emtores) das Eigenthum an den dazu gehörigen Sachen durch die Addiction als Univerſalſucceſſoren erwerben. Dieſen ſchließen ſich ſpäter die venditiones bonorum an, welche die Prätoren (als Executionsmittel für Privatgläubiger §. 179) eingeführt haben, und die für die bonorum emtores eine prätoriſche Univerſalſucceſſion und damit das bonitariſche Eigenthum zur Folge haben[g]).

Im juſtinianiſchen Recht ſind die hier genannten Erwerbungen entweder überhaupt weggefallen, wie die Verkäufe von Gütern als Geſammtheiten bey der Beute und zur Execution, indem an ihre Stelle Subhaſtationen der einzelnen Stücke getreten ſind, theils ſind ſie, wie dieß bey den Subhaſtationen der Fall iſt, keine beſonderen Erwerbsarten mehr, ſondern geſchehen in einer der gewöhnlichen Formen, namentlich durch Tradition. Nur der Kauf der dem Fiscus als vacant oder durch Confiscation angefallenen Güter bildet noch eine beſondere adquisitio per universitatem, wodurch das Eigenthum an den Käufer ohne Tradition übergeht[h]).

2) Die erſten Erwerbungen waren den älteſten Römern die durch den Staat vermittelten, jener Erwerb aus der Beute bey beweglichen, und Aſſignation oder quäſtoriſcher Verkauf bey unbeweglichen Sachen. Sollte nun aber Eigenthum aus einer Hand in die andere übergehen, wofür der Geiſt des alten Rechts ebenfalls eine ſolenne Form forderte, ſo lag dem damaligen Rechtsbewußtſeyn keine näher, als die Anwendung der gerichtlichen Vindication. Darin beſteht die In Jure Ceſſio, welche an die obigen Erwerbungen dadurch ſich anknüpft, daß ſie unter der Autorität des Magiſtrats durch

---

g) Gai. III. 80. Ueber dieſe verſchiedenen Fälle vgl. u. a. Stieber de bonorum emtione apud vet. Rom. 1827.

h) Vgl. L. 54 pr. D. de H. P. (5, 3).

eine Addiction deſſelben vor ſich geht. Der Eigenthümer begiebt ſich mit dem, an welchen er veräußern will, vor den Magiſtrat, bey dem eine Legis Actio vorgenommen werden kann. Der Erwerber tritt als Kläger auf und ſagt die Vindicationsworte, der Veräußerer unterläßt die Contravindication, dem zu Folge addicirt der Prätor jenem die Sache[i]). In dieſer Anwendung auf die Eigenthumsübertragung war die In Jure Ceſſio ſchon zu Gaius Zeit und früher ſelten geworden (§. 236 Note e), aus dem juſtinianiſchen Recht iſt ſie überall verſchwunden.

3) Neben der In Jure Ceſſio entſtand ein reiner Privatact für die Uebertragung des Eigenthums, eine Handlung, die in dem alten Rechtsverkehr überhaupt eine ſehr bedeutende Stelle einnimmt: die Mancipation[k]). Der Act geht vor ſich in Gegenwart von fünf Zeugen, mündigen römiſchen Bürgern (oder Latinen), und einer ſechſten Perſon derſelben Qualität, die eine Wage hält und libripens genannt wird. Der Erwerber (qui mancipio accipit) ergreift die Sache mit den Worten: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, ſchlägt mit einem Stück Erz an die Wage („raudusculo libram ferito")[l]), und giebt es gleichſam als Kaufpreis an den Veräußernden[m]). Bewegliche Sachen müſſen gegenwär-

i) Gai. II. 24. Ulpian. XIX. 9. Isidor. V. 25 cessio est propriae rei concessio — nam aliena restituimus, non cedimus, nam cedere proprie dicitur, qui contra veritatem alicui consentit.

k) Gai. I. 119—122. Ulpian. XIX. 3—6.

l) Varro de L. L. V. 163.

m) Damit war alles Weſentliche geſchehen. Gewöhnlich aber beſchloß den Act noch eine Aufforderung (ob von dem Mancipanten oder dem Empfänger, iſt ungewiß) an eine Perſon, zu ſehen, daß alles gehörig geſchehen ſey, dieſe Aufforderung hieß antestari aliquem, der Aufgeforderte ſelbſt antestatus. Vgl. Huschke T. Flav. Syntr. donationis instrum. p. 43 sqq. und Walch de antestato in mancipatione 1840.

tig ſeyn, und es können nicht mehr als auf einmal ergriffen werden können, auf einmal mancipirt werden; anders bey Grundſtücken, hier fällt das Ergreifen, damit auch die Nothwendigkeit der Anweſenheit bey dem Grundſtück weg, und es können mehrere und an verſchiedenen Orten liegende zugleich mancipirt werden. Ein Beſitzerwerb iſt mit der Mancipation nicht verbunden, die Tradition iſt ein davon ganz verſchiedener Act, dieß iſt am klarſten bey Grundſtücken[n]), aber auch bey beweglichen Sachen iſt jenes Ergreifen, das hier ein weſentliches Stück der Mancipation iſt, nicht als Apprehenſion des Beſitzes zu verſtehen[o]), obwohl ſich natürlich auch dieſe Wirkung, wenn es die Abſicht war, damit verbinden konnte, und gewöhnlich damit verband. Die Mancipatio wird eine imaginaria venditio genannt, ſie iſt einem Verkauf nachgebildet, bey dem der Kaufpreis zugewogen ward, ſie ſelbſt aber iſt eine bloße Form, welche anwendbar iſt, aus welchem Grund auch das Eigenthum übertragen werden ſoll, ob vermöge eines wirklichen Verkaufs (der dann ein von der Mancipation ganz abgeſondertes Rechtsgeſchäft iſt), oder einer Schenkung u. ſ. f.[p]). Die

---

n) S. auch Gai. IV. 131.

o) So wenig als derſelbe Act bey der Vindication (§. 161).

p) Der allgemeinſte Ausdruck für die Form iſt: quod per aes et libram geritur. Die Handlung, von der hier die Rede iſt, heißt mancipium, mancipii datio, mancipatio. Das Wort nexum haben einige der alten Juriſten in jenem allgemeinſten Sinn gebraucht, Andere haben ſo die Handlung in ihrer Anwendung auf Obligationen (ihre Entſtehung und Aufhebung) genannt: nexi datio, nexi liberatio, und unterſcheiden ſo das nexum von dem mancipium. Beides kann auch zuſammen vorkommen, mit der Mancipation kann ſich eine Obligatio verbinden. So verknüpft ſich auch bey dem testamentum per aes et libram mit der Mancipation des Vermögens noch ein anderer Act, die nuncupatio. Eine beſondere Anwendung der Aes et Libra Solennität iſt die coemtio, als Entſtehungsart der Manus über eine Frau. Vgl. über jene Sätze Varro de L. L. VII. 105. Fest. v. nexum. Cic. top. 5.

Mancipation, wie die In Jure Ceſſio wird durch die Zwölf Tafeln beſtätigt[q]).

Aber während die früher erwähnten Erwerbungen des quiritiſchen Eigenthums bey allen Sachen ſtattfanden, welche dieſes Eigenthums fähig ſind, iſt die Mancipation auf gewiſſe Gegenſtände eingeſchränkt. Dieſe heißen eben darum Gegenſtände der Mancipation, res mancipi (mancipii)[r]), die übrigen werden als res nec mancipi ihnen entgegengeſetzt[s]).

Von den Sachen ſind res mancipi und alſo Gegenſtände der Mancipation als Eigenthumsübertragung: 1) italiſche Grundſtücke (ſeyen es praedia rustica oder urbana); 2) Sclaven; 3) einheimiſche Zug- und Laſtthiere (quadrupedes quae dorso collove domantur), alſo Rinder, Pferde, Mauleſel, Eſel. Kamele und Elephanten ſind res nec mancipi. Die Proculianer forderten aber auch bey jenen den wirklichen Gebrauch zum Ziehen oder Tragen, oder wenigſtens die Erreichung des dazu tauglich machenden Alters, die Sabinianer hielten ſie von der Geburt an für res mancipi[t]). Außer dieſen Sachen ſind noch res mancipi: 1) servitutes praediorum rusticorum (§. 253. 256); 2) freie Menſchen, wenn ſie in

---

q) Fragm. vat. 50: — quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Die Stelle für die Mancipation iſt wahrſcheinlich die von Feſtus (v. nuncupata) gegebene: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

r) Niebuhr röm. Geſch. I Anm. 1044. Die Bemerkung, daß mancipi der contrahirte Genitiv ſey, hat ſchon Voſſius gemacht de arte gramm. III. 46.

s) Ulpian. XIX. 1. Gai. II. 15—17. I. 120.

t) Ob Iſidorus (orig. IX. 4, 45), wenn er ſagt: haec enim animalia statim ut nata sunt, mancipium esse putantur; nam et ea quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt, eine ſolche dritte Anſicht wirklich in ſeinen Quellen vorfand, oder ob er nur mißverſtand, was er von der Möglichkeit des Eigenthums überhaupt las (Gai. II. 67), mag dahingeſtellt bleiben.

potestas, manus oder mancipium ſind (§. 214, 5); 3) unter Umſtänden auch ein Vermögen (familia), nämlich bey der Errichtung eines Teſtaments.

Man hat über den Grund, auf dem jene Unterſcheidung beruht, unzählige Meinungen aufgeſtellt[u]). Dieſe Mannigfaltigkeit der Anſichten iſt dadurch entſtanden, daß man nur darauf ausgegangen iſt, das gemeinſchaftliche Merkmal der res mancipi gegenüber den res nec mancipi aufzufinden, und etwa ein ſolches, das jenen ein hinlängliches (politiſches oder nichtpolitiſches) Gewicht gebe, um ihre beſondere Hervorhebung erklärlich zu machen[v]). Aber damit iſt das Problem nicht zu löſen, es kommt vielmehr darauf an, den Zuſammenhang jener als res mancipi hervorgehobenen Sachen mit der Mancipation zu ermitteln. Vor allem muß das Verhältniß dieſer Sachen zu der Mancipation ſelbſt feſtgeſtellt werden. Eine gewöhnliche Vorſtellung iſt: res mancipi ſeyen Sachen, welche mancipirt werden müßten, um vollſtändig d. i. zu quiritiſchem Eigenthum veräußert zu werden[w]). Dieſe Vor-

---

u) Die neueren ſtellt zuſammen Danz Lehrbuch der Geſch. d. R. R. S. 192.

v) So hat man die res mancipi als diejenigen erklärt, die für die Römer, als Ackerbau treibendes Volk, in alter Zeit die koſtbarſten geweſen ſeyen (Hugo), oder für Pertinenzen eines Landguts, dieſes eingeſchloſſen (Walter), oder als die cenſirbaren Sachen (Niebuhr, der aber mancipium für Eigenthum nimmt, und daher res mancipii für Gegenſtände des quiritiſchen Eigenthums), oder als die Gegenſtände der Beute (Manhayn über den Urſprung und die Bedeutung der r. m. u. n. m. im alten R. R. 1823). Es war nicht der Mühe werth, die Priorität der zuletzt erwähnten Meinung dem dafür angeführten Schriftſteller zu beſtreiten, wie es ſeiner Zeit geſchehen iſt. Sie liegt ſo nahe, daß man ſehr leicht darauf kommen konnte, es iſt aber mit ihr allein noch nichts gewonnen, wenn nicht die rechte Folgerung daraus gezogen wird.

w) Von dieſem Standpunkt kommt man auf die gewöhnlichen Erklärungen, die nur erklären wollen, warum man für die Veräußerung

ſtellung iſt ſchon deswegen unrichtig, weil die Mancipation nichts weniger als die ausſchließliche Erwerbsart dieſer Sachen, ja nicht einmal die ausſchließliche Veräußerungsart iſt, ſie können auch durch In Iure Ceſſio veräußert werden[x]). Vielmehr ſind ſie zu beſtimmen als Gegenſtände die mancipirt werden können, ſo daß bey allen andern die Mancipation unanwendbar iſt, keine rechtliche Wirkung hat. Dieß iſt für gewiſſe res nec mancipi unwiderſprechlich; die Servituten ſind theils res mancipi, theils res nec mancipi, niemand verſteht hier die Eintheilung ſo daß alle Servituten mancipirt werden könnten, und daß die Ruſticalſervituten, weil ſie als res mancipi erklärt ſeyen, mancipirt werden müßten, vielmehr muß jeder zugeben, daß nur die letzteren der Mancipation fähig ſind[y]). Warum ſollte nun bey andern Gegenſtänden die Eintheilung plötzlich eine andere Bedeutung haben? Daß dieß nicht ſo iſt, zeigt zum Ueberfluß Ulpian, welcher die Mancipation propria species alienationis rerum mancipi nennt; was er damit meint[z]), ergiebt ſich daraus, daß er

---

eine feierliche Form gefordert hat, nicht aber warum dieſe Form die Mancipation iſt.

x) Was man eigentlich bey jener Vorſtellung im Sinn hat, iſt, daß die res nec mancipi durch bloße Tradition veräußert werden können; man verläßt alſo, indem man ſie erklären will, die römiſche Eintheilung, und ſubſtituirt ihr ſtillſchweigend die in res quae traditione alienari possunt und non possunt. Würde nun dieſe auch zufällig ganz mit der in res nec mancipi und mancipi äußerlich zuſammentreffen, ſo wäre die letztere doch immer eine andere, wie ſich ſchon aus der außerdem unerklärlichen Benennung ergiebt, aber jenes iſt nicht einmal der Fall, es giebt res nec mancipi, bey denen die Tradition keine civilrechtliche Wirkung hat.

y) Gai. II. 29: Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.

z) Es könnte nämlich entweder heißen: die res mancipi können nur durch Mancipation gegeben werden, oder: die Mancipation iſt nur bey res mancipi anwendbar. Das erſte wäre ein offenbar falſcher Satz, alſo bleibt allein das zweite, und dieß wird durch das im Text Fol-

im Gegenſatz dazu die usucapio und in iure cessio eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi nennt (und er wiederholt dieß auch bey den folgenden Erwerbsarten), alſo die Mancipatio iſt nach ihm keine ſolche, d. i. ſie findet nicht auch bey res nec mancipi Statt. Eben ſo ſagt er von der Tradition, ſie ſey propria alienatio rerum nec mancipi, es iſt von ſelbſt klar, daß er ihr damit die Eigenſchaft einer Alienation bey res mancipi abſpricht[aa]).

---

gende beſtätigt. (Außerdem durch Cic. top. 10 finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest (ſchon Boethius erklärt dieß durch: si quis rem nec mancipi mancipaverit) num idcirco id eius factum est qui accepit? aut num is qui mancipio dedit ob eam rem se ulla re obligavit? R.)

aa) Ulpian. XIX. 3. 7. 8. 9. 16. 17. Daß man im bürgerlichen Verkehr zuweilen die Mancipation auf ſolche res nec mancipi, auf die man ein großes Gewicht legte, und deren Veräußerung und Erwerbung man daher mit einer gewiſſen Solennität umgeben wollte, angewendet habe, iſt eine Möglichkeit, die auch ohne beſonderes Zeugniß zugegeben werden kann, die aber den aufgeſtellten Begriff nicht verändert. Ein Juriſt, dem ein ſolcher Fall vorgelegt worden wäre, würde reſpondirt haben: iſt dir dieſe Sache bloß mancipirt worden nicht auch tradirt, ſo biſt du nicht Eigenthümer geworden, iſt das letztere zugleich geſchehen (wie es bey der Mancipation beweglicher Sachen gewöhnlich iſt), ſo haſt du Eigenthum durch die Tradition erworben, das Hinzukommen des juriſtiſch wirkungsloſen Acts der Mancipation ſchadet nicht, und natürlich iſt es dir überdieß unverwehrt, deine ſ. g. Mancipationszeugen und Libripens als Beweiszeugen für die geſchehene Tradition zu benutzen. — Als Zeugniß für eine ſolche Anwendung der Mancipation hat man Tac. annal. I. 73 angeführt, wo von der Mancipation einer Statue die Rede ſey, aber Tacitus ſpricht ausdrücklich von dem Fall der Veräußerung eines Grundſtücks mit der darauf befindlichen Statue, nicht von einer Mancipation der Statue als einer beſonderen Sache. Ein zweites Zeugniß hat man bey Plin. hist. nat. IX. 60 (35) gefunden. Dieſer, die Luxusartikel: Perlen und koſtbare Gewänder, denen die Mode faſt gleichen Werth beilege, gegen einander abwägend, bemerkt: et hoc tamen (er ſpricht von Perlen erſter Größe) aeternae prope possessionis est, sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod, conchylia et purpuras omnis hora atterit —. (An

Nun läßt ſich erſt die Frage nach dem Grund der Unterſcheidung richtig faſſen und beantworten. Die Frage iſt: warum ſind bloß jene Dinge, die darum unter dem Ausdruck

---

einem andern Ort vergleicht er in dieſer Hinſicht noch die Parfumerien mit jenen beiden Artikeln, wodurch die Gewänder auf eine Mittelſtufe ſich erheben: haec est materia luxus e cunctis maxime supervacui. Margaritae enim gemmaeque ad heredem tamen transeunt, vestes prorogant tempus, unguenta illico exspirant ac suis moriuntur horis, XIII. 4). Dirkſen (vermiſchte Schriften 1841 S. 78 ff.) will jene Stelle, um eine Mancipation der Perlen zu entfernen, von einer Geſammtmancipation anderer Objecte (und zwar unter Lebenden) erklären, bey der die Perlen zurückbehalten, alſo von der Mancipation ausgenommen würden, eine Erklärung, die geradezu unmöglich iſt, nicht weniger nach dem Reſultat (was iſt das für eine res mancipi, bey deren Mancipation es jemanden hätte einfallen können, eine Perle, die außerdem mit inbegriffen geweſen wäre, auszunehmen?) als nach den Worten (in mancipatum venit, — Dirkſen's Plinius bezeichnet damit das, was der römiſche wie jeder andere Römer mit in mancipatum non venit ausgedrückt hätte). Vgl. dagegen Rudorff Minuciorum sententia inter Gen. et Vit. dicta (1842) p. 11. 12. Die Stelle des Plinius läßt eine doppelte Erklärung zu. Geht man davon aus, kein beſonderes Gewicht auf in mancipatum zu legen (und das iſt bey einem nichtjuriſtiſchen Schriftſteller ſehr wohl zuläßig), ſo ſtellt ſich folgender Sinn heraus: eine ſolche Perle kommt vom Vorfahr auf den Nachkommen, ſie geht auch unter Lebenden von Hand zu Hand, ihre Dauer iſt der eines Grundſtücks zu vergleichen. Hält man aber jene Vorausſetzung für bedenklich, und bleibt bei der Mancipation der Perlen ſtehen, ſo ſagt Plinius: man ſtellt ſie als ein dauerndes Gut den Grundſtücken gleich, und ſucht ſich daher des Erwerbs durch den Gebrauch umſtändlicher Solennitäten zu ſichern, deren Anwendung bey einem vielleicht nicht weniger koſtſpieligen, aber ſchnell verbrauchten Gegenſtand eine Lächerlichkeit wäre. Nach der erſten Erklärung hört die Stelle völlig auf, für die Mancipation in Betracht zu kommen, aber auch nach der zweiten alterirt ſie, wie bemerkt, die Lehre von den res mancipi und ihrer Bedeutung nicht. Das iſt überdieß klar, die Aeußerung des Plinius wird hier gerade dadurch, daß die Perlen res nec mancipi ſind, und die Mancipation bei ihnen keine juriſtiſche Bedeutung hat, deſto nachdrücklicher. (Huſchke, Zeitſchr. für geſch. R. W. XII Num. 9 bringt noch eine dritte, ſchon von F. C. Con=

res mancipi zuſammengefaßt werden, als Gegenſtände der Mancipation anerkannt worden? Dieſer Grund muß in der Mancipation ſelbſt geſucht werden, zugleich aber müſſen wir eben darum von den Gegenſtänden abſehen, auf die offenbar dieſe Handlung von Anfang nicht berechnet war, auf die ſie erſt nachher übergetragen worden iſt. Dieß ſind alle die bey denen das manu capere der prägnanteſte Theil der Handlung, von dem ſie den Namen hat, nicht ſtattfand: Grundſtücke, Ruſticalſervituten, Familia. Eine Erklärung, die nicht auf dieſe paßt, wird ſo wenig eine unvollkommene genannt werden können, daß dieß vielmehr zu den Kennzeichen ihrer Richtigkeit gehört. Es bleiben uns alſo Menſchen und die größeren Vieharten übrig. Dieß nun ſind gerade die Sachen, welche bey dem Verkauf der Beute vorkommen (ſ. oben 1), die in ihren zum Verkauf geſchickten Beſtandtheilen eben aus Kriegsgefangenen und weggetriebenem Vieh beſtand[bb]). Und ſo iſt denn die Mancipation jenem Kauf aus der Beute nachgebildet; wie dieſe Sachen durch eine natürliche Ergreifung in die Macht des römiſchen Volks gekommen waren, ſo kamen ſie durch eine civilrechtliche Ergreifung, mancipium, in die Macht des einzelnen Bürgers, und ebenſo auch von einer Hand in die andere, denn bey dieſen Sachen wurde es geſtattet, ohne in iure cessio, durch eine ihrer ur-

---

radi aufgeſtellte Erklärung in Erinnerung, nach welcher das in mancipatum venit ut praedium aliquod die Tauglichkeit der Perlen bezeichnet, für die Verpflichtungen eines Manceps gegen den Staat ſtatt der üblichen praedia (Richter's Jahrb. 5, 605) als Sicherheit zu dienen. R.)

bb) Wer glaubt, bey den Raubzügen, in denen die Kriege der älteſten Römer regelmäßig beſtanden, hätte man ſich mit Schafen, Ziegen, Schweinen befaßt, der möge, denn wir haben für jene Verhältniſſe ein uns gleichzeitiges Beiſpiel, bey den Tſcherkeſſen nachfragen, ob ſie bey ihren Einfällen in das Gebiet der Gränzkoſaken nach andern lebenden Weſen greifen, als Menſchen, Pferden, Rindern, und ob ſie den Rath, eine Heerde Schafe heimzutreiben, als einen dankenswerthen aufnehmen würden.

ſprünglichen Erwerbung nachgeahmte Solennität in Gegenwart von fünf, den Umſtand des Volks repräſentirenden Zeugen das Eigenthum zu übertragen. Die Eigenſchaft einer res mancipi bedeutete damals nicht eine Beſchränkung, ſondern eine Erweiterung ihres Erwerbs, die Befreiung von der Nothwendigkeit der In Jure Ceſſio; dieſen Vortheil wollte man nun auch den Grundſtücken und gewiſſen damit verbundenen Rechten zuwenden, auf welche die Mancipation ausgedehnt, und die ſomit unter die Zahl der res mancipi aufgenommen wurden. Zuletzt betrachtete man auch das Vermögen, um eine teſtamentariſche Verfügung außer dem testamentum calatis comitiis und in procinctu möglich zu machen, als einen mancipirbaren Gegenſtand. Erſt ſpäter, als für res nec mancipi eine noch bequemere Veräußerung in der Tradition entſtand, konnte der Umſtand, daß eine Sache (dieß gilt aber auch bloß von Sachen) res mancipi war, als eine Erſchwerung ihrer Veräußerung erſcheinen. Dieſer Zeit erſt gehört die Auffaſſung der res mancipi als der koſtbareren Sachen an, worin man eine Rechtfertigung jener Erſchwerung fand[cc]).

Dem juſtinianiſchen Recht iſt die Mancipation fremd, die Unterſcheidung von res mancipi und nec mancipi hat Juſtinian zum Ueberfluß noch ausdrücklich bey Gelegenheit ſeiner neuen Beſtimmungen über die Uſucapion aufgehoben[dd]).

---

cc) Gai. I. 192 betrachtet aus dieſem Geſichtspunkt den Satz, daß eine Frau res mancipi nicht ohne Auctoritas Tutoris veräußern kann (vgl. §. 202, 2, b). Eigentlich ſtammt dieſe Unfähigkeit, die er durch die größere Koſtbarkeit der res mancipi erklären will, aus der Unfähigkeit der Frauen zu Civilrechtsgeſchäften. Als die Veräußerung der res nec mancipi durch Tradition, alſo durch einen Act, der kein civile negotium iſt, möglich geworden war, blieben ſie nur in Beziehung auf res mancipi beſchränkt, deren Veräußerung nach wie vor ein civile negotium vorausſetzte.

dd) Cod. VII. 31: de usuc. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.

4) Wenn der Richter im Eigenthumsproceß das Eigenthum des Klägers anerkennt, ſo iſt dieß für dieſen keine Eigenthumserwerbung, denn entweder iſt er Eigenthümer, und kann es alſo nicht erſt werden, oder er iſt es nicht, dann wird er es nicht durch die Sentenz, die dieſen Zweck nicht hat, ſondern nur dominium quod est declarare debet[ee]). Aber es giebt allerdings eine Sentenz, welche den Zweck und die Wirkung hat, Eigenthum zu übertragen, nämlich die Sentenz in Theilungsproceſſen, inſofern ſie eine Adjudication enthält (§. 166 a. A.). — Die Adjudication iſt daher eine Eigenthumserwerbsart, durch ſie ſelbſt, ohne daß noch ein anderer Act hinzukommen müßte, geht das Eigenthum an der adjudicirten Sache über, mag ſie res mancipi oder nec mancipi ſeyn[ff]). Sie iſt eine derivative Erwerbung, auf den Erwerber geht der bisherige Eigenthumsantheil der andern Partey über, hatte dieſe kein Eigenthum, ſo erwirbt auch der welchem adjudicirt worden, nur die conditio usucapiendi[gg]).

5) Der Erbe wird durch Erwerbung des Erbrechts Eigenthümer der Sachen, deren Eigenthümer der Erblaſſer war. Dieß iſt eine Erwerbung, die mit dem Uebergang eines geſammten Vermögens verknüpft iſt, eine adquisitio per universitatem. Ihr ſchließen ſich andere adquisitiones per universitatem, theils nach Jus civile, theils nach prätoriſchem Recht, an. Ein ſolcher Uebergang iſt theils die Folge eines ſelbſtſtändigen Rechts an dem Vermögen, theils der potestas oder manus, die über das bisherige Subject des Vermögens

---

ee) Vgl. L. 8 §. 4 D. si serv. vind. (8, 5).

ff) Ulpian. XIX. 16. §. 7 I. de off. iud. (4, 17). Nach fragm. vat. 47 iſt anzunehmen, daß die Adjudication nur dann das quiritiſche Eigenthum bewirkte, wenn der Judex ex lege beſtellt war, nicht wenn ſeine Function bloß auf dem Imperium des Magiſtrats beruhte (§. 159), daß alſo in dem letzten Fall bloß das bonitariſche ihre Folge war.

gg) L. 17 D. de usurp. (41, 3).

erworben wird. Die näheren Vorausſetzungen dieſes Erwerbs kommen bey den Rechten vor, von denen er eine Folge iſt.

6) Es giebt Fälle, wo unmittelbar durch eine rechtliche Vorſchrift (lege) Eigenthum erworben wird, die an gewiſſe Ereigniſſe dieſe Wirkung knüpft, ohne daß die Erwerbung ſich mit einem Willensact verbindet, und wo namentlich keine vermittelnde Thätigkeit des Erwerbers erforderlich iſt. Dahin kann der Erwerb einer vermachten Sache gehören, wovon im Erbrecht die Rede ſeyn wird. Ferner ſind die Fälle hieher zu rechnen, wo ein Eigenthümer das Eigenthum verwirkt, ſo daß es auf einen Andern übergeht, wie z. B. der Eigenthümer durch Zolldefraudation das Eigenthum der Sache, die zu verzollen war, an den Zollberechtigten (den Fiscus oder Publicanus) verliert[hh]).

CCXXXIX. 7) Wir ſchließen die Reihe der civilrechtlichen Erwerbsarten mit der, welche zur Ergänzung der übrigen beſtimmt iſt, mit der Erſitzung oder Uſucapion: der Erwerbung des Eigenthums durch fortgeſetzten Beſitz der Sache[a]). Dieſes Inſtitut kommt in den Zwölf Tafeln unter dem Namen ususauctoritas (usus et auctoritas) vor[b]), ſpäter heißt es

---

hh) L. 14 D. de publicanis, vectigalibus et commissis (39, 4) L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61).

a) Für die Einzelheiten dieſer Lehre iſt vornehmlich brauchbar Unterholzner ausführl. Entwickelung der geſammten Verjährungslehre (1828) inſonderheit Th. 2 S. 71—110, das Uebrige im erſten Theil verſtreut unter die Lehren von den andern Verjährungen.

b) Cic. top. 4: — ut quoniam ususauctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Cic. pro Caec. 19: Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus quae in lege non appellantur. Das Wort bedeutet das auf dieſe Weiſe erworbene Recht, es bezeichnet das Hinzukommen des rechtlichen Elements (auctoritas) zu dem factiſchen (usus), wie auch Modeſtinus L. 3 D. de usurpationibus et usucapionibus

ususcapio, usucapio[c]). Als Ergänzung iſt nachher die longi temporis praescriptio daneben getreten; im juſtinianiſchen Recht ſind beide Inſtitute verſchmolzen, und ein drittes in der praescriptio xxx annorum hinzugekommen, welches ſich jenen beiden als außerordentliche Erſitzung gegenüberſtellen läßt. Wir beginnen mit der usucapio.

Die Uſucapion iſt eine rein civilrechtliche Erwerbung, daher iſt ſie für einen Peregrinen unmöglich[d]). Sie ſetzt ferner

---

(41, 3) definirt: usucapio est *adiectio dominii* per continuationem possessionis temporis lege definiti; und vielleicht hatte auch Ulpian (XIX. 8) in ſeiner, von Modeſtin offenbar copirten Definition (die drey letzten Worte ſind von den Compilatoren, denen das anni vel biennii nicht mehr paßte): usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, das Wort adiectio, das durch einen Abſchreiber verdrängt worden iſt, wie manche Kritiker in der Pandektenſtelle adeptio ſtatt des auffallenderen adiectio haben ſetzen wollen. (Iſidor V. 25: usucapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis vel biennii vel alicuius temporis. R.) Die Redeweiſe: ususauctoritas fundi biennium est, erklärt ſich ſo: der Erwerber kann ſagen, die Zeit iſt mein Recht. (Eine andere Erklärung hat Mommsen de auctoritate (1843) §. 3 zu begründen verſucht. Nach ihm beſtimmt die Lex wörtlich nur das Ende der Gewährspflicht des Auctors, der ſich durch die Mancipation der Sache zur Vertretung und Evictionsleiſtung obligirt hat. Allein wo bliebe dann die Gewährspflicht des Cedenten? Und wäre nicht wenigſtens gleichzeitig in der Lex auch die Uſucapion anerkannt, da die Liberation des Auctors doch nur in dem Erwerb eigener Gewähr des Succeſſors ihren Grund haben kann? R.)

c) Gell. VII. 10: Ut haec ususcapio dicitur copulato vocabulo, *a* litera in eo tractim pronunciata, ita pignoriscapio iunctae sunt partes et producte dicebatur —— Per quod satis dilucet, hanc capionem posse dici quasi hanc captionem, et in usu et in pignore.

d) Ein Peregrine kann die Sache eines Römers im Beſitz haben, dieſer Umſtand aber kann das quiritiſche Recht des Römers nicht aufheben, usus und auctoritas konnten ſich nie in der Perſon des Peregrinen vereinigen, die letztere blieb daher immer dem Römer. Seit der Anerkennung des Jus Gentium wurde ſie freilich unwirkſam, inſofern der Peregrine eine rechtmäßige Erwerbung, in der ihn der Prätor

voraus, daß die Sache des Eigenthums[e]), und insbeſondere des quiritiſchen Eigenthums fähig iſt, daher findet ſie keine Anwendung bey Provincialgrundſtücken[f]). Die Unterſcheidung zwiſchen res mancipi und nec mancipi hat keinen Einfluß auf die Uſucapion.

Die Bedeutung des Inſtituts als Ergänzung eines im allgemeinen rechtmäßigen oder als ſolchen vorauszuſetzenden, aber doch irgendwie unvollkommenen Erwerbs, iſt oben ſchon hervorgehoben worden (§. 233. 236). Die Uſucapion iſt nicht dazu erfunden, um die Sache dem zu verſchaffen, welchem ſie nicht gebührt, und ſo ihm zu einem Gewinn auf Koſten des rechtmäßigen Eigenthümers zu verhelfen[g]); dieß gilt nicht allein von dem Fall, wo die Uſucapion bloß die mangelnde Form der Erwerbung ergänzt, und das bonitariſche in quiritiſches Eigenthum verwandelt, ſondern auch wo ſie den zum Eigenthümer macht, der bis dahin überhaupt kein Eigenthum

---

ſchützte, für ſich anführen konnte. Jenen Satz enthält die Stelle der Zwölf Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas Cic. off. I. 12. Hostis nennt die alte Sprache den Peregrinen; von dem perduellis, dem Feind, gilt der Satz nicht, kommt die Sache eines Römers in die Gewalt eines ſolchen, ſo geht die auctoritas unter (§. 241). (Mommſen (Note b) verſteht das Geſetz von der unbegränzten Vertretungspflicht des Römers, der an einen Peregrinen, oder an einen andern Römer verkaufte, von dem ein Peregrine die Sache im Recuperatorengericht vindicirt. R.)

e) Daher z. B. keine res sacra oder religiosa uſucapirt werden kann, eben ſo wenig ein freier Menſch Gai. II. 48. Wenn die Zwölf Tafeln beſonders hervorgehoben haben, daß ein Begräbnißplatz und was dazu gehört (forum bustumve) nicht uſucapirt werden kann (Cic. de leg. II. 24), ſo iſt dieß nicht eigentlich eine Ausſchließung der Uſucapion, ſondern eine Erklärung, daß res religiosae nicht durch bloßen Privatwillen aufhören es zu ſeyn, auch wenn ſie noch ſo lange als profan behandelt worden wären. *f*) Gai. II. 46.

g) Als Ausnahme kommt es vor, daß die Uſucapion allerdings dieſen Charakter hat; ſie führt dann eben darum den Namen der *lucrativa* usucapio.

an der Sache nachzuweiſen im Stande war. Allerdings läßt ſich der Erfolg, daß dem wahrhaften Eigenthümer dadurch ſein Recht entzogen wird, nicht völlig ausſchließen, dieſe Möglichkeit ſoll aber mehr in die Ferne gerückt und überhaupt zu einer erträglicheren gemacht werden durch die Erforderniſſe der Uſucapion, die nun dargeſtellt werden ſollen.

a) Vor allem iſt durch die Zeit, deren Ablauf erſt die Wirkung des Eigenthumserwerbs hat, dem Eigenthümer, der die gehörige Sorgfalt auf ſein Vermögen wendet, die Möglichkeit gegeben, den Verluſt abzuwenden, indem er vor ihrem Ablauf ſein Eigenthum geltend macht[h]). Dieſe Zeit iſt zwar nach dem Recht, welches bis auf Juſtinian galt, kurz: ein Jahr bey beweglichen, zwey Jahre bey unbeweglichen Sachen (oder wie die Zwölf Tafeln eigentlich ſagen, was indeſſen in jener Weiſe interpretirt worden iſt, zwey Jahre bey einem Fundus, bey allen andern Gegenſtänden ein Jahr)[i]), eine Zeit, die im juſtinianiſchen Recht auf drey Jahre bey beweglichen, zehn oder zwanzig bey unbeweglichen Sachen erhöht iſt (ſ. unten), und dieſe Zeit iſt ein tempus continuum[k]), aber ſie erſchien als genügend in den älteren Verhältniſſen des römiſchen Volks, und in den ſpäteren Zeiten konnte einer auffallenden Unbilligkeit (ſo wenn der Eigenthümer durch Abweſenheit ver-

---

h) L. 1 D. de usurp. et usuc. (41, 3): — quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

i) Note b. Gai. II. 42. Ulpian. XIX. 8 u. A.

k) Paul. L. 31 §. 1 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Durch die Interpolation des tempus ſtatt des von Paulus genannten annus, der für die juſtinianiſchen Digeſten nicht mehr paßte, hat die Stelle den falſchen Schein erhalten, als ob bey unbeweglichen Sachen die Zeit ein tempus utile wäre. Aber warum hat Paulus die Uſucapion von einem Jahr hier beſonders hervorgehoben? Weil nur bey dieſer ein Zweifel nahe genug lag, um eine Beſeitigung deſſelben zu veranlaſſen, eine Zeit, die ein Jahr überſteigt, iſt ohnedieß niemals tempus utile.

hindert geweſen war, der Uſucapion zuvorzukommen) durch In Integrum Reſtitutio abgeholfen werden[l]).

Dieſe Zeit muß ſeit dem Anfang des Beſitzes abgelaufen ſeyn, der Erbe aber ſuccedirt in die Uſucapion ſeines Erblaſſers, er beginnt nicht eine neue, ſondern ſetzt die des Erblaſſers fort, daher datirt er die Uſucapion nicht von ſeinem, ſondern von dem Beſitzerwerb des Verſtorbenen[m]). Daß man den Uſucapionsbeſitz ſeines Vorgängers ſich zurechnen darf (accessio possessionis), daß es alſo hinreichend iſt, wenn nur mit Hinzurechnung dieſes zu dem unſrigen die Uſucapionszeit herauskommt, hat urſprünglich für die Uſucapion gewiß nicht gegolten. Die accessiones possessionum ſind kein Inſtitut civilrechtlichen Urſprungs, der Prätor iſt es, der ſie, wo es

l) Dieſe Hülfe finden namentlich auch Minderjährige gegen eine Uſucapion ihrer Sachen, ſ. z. B. L. un. C. si adv. usuc. (2, 36). Juſtinian aber hat verordnet, daß ein Zeitablauf, gegen den nach dem bisherigen Recht der Minor Reſtitution erhalten könne (alſo mit Ausnahme der dreißig- und mehrjährigen Friſten), ipso iure und ohne daß es der Reſtitution mehr bedarf, gegen ihn ohne Wirkung ſeyn ſoll L. 5 C. in quib. caus. in int. rest. necessaria non est (2, 41). Dieß gilt auch von der Uſucapion, in deren Zeit alſo, wenn ſie gegen einen Minderjährigen in Beziehung auf ſeine Sachen vorgeſchützt wird, die Zeit ſeiner Minderjährigkeit nicht einzurechnen iſt.

m) L. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) L. 20. 40 D. de usurp. (41, 3) L. 2 §. 19 D. pro emt. (41, 4) L. 23 pr. L. 30 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2). Dieſe successio in usucapionem iſt keine Abweichung von dem Grundſatz, daß die Zeit von dem Anfang des Beſitzes gerechnet wird, nur liegt der Anfang nicht in dem Beſitzerwerb des Erben. Auch folgt dieß ſo weſentlich aus der Natur der Erbfolge, daß eine Einführung bey der Uſucapion erſt durch Juſtinian, wie §. 12 I. de usucap. (2, 6) ſie zu behaupten ſcheint, unglaublich wäre, auch wenn die vorhin angeführten Stellen nicht entſchieden das Gegentheil darthäten. Etwas ganz anderes iſt die accessio possessionis, die davon ganz getrennt gehalten werden muß. Bey dieſer iſt unſer Beſitz die Hauptſache und der des Vorgängers die Acceſſion, bey der successio in usucapionem iſt es der Beſitz des Vorgängers, den wir nur forſetzen, zu dem alſo umgekehrt der unſrige hinzutritt.

ihm billig ſchien, zuließ [n]). So geſchah es bey dem interdictum utrubi (§. 225 Note l), und bey der longi temporis praescriptio. Zuerſt mag man dem Käufer geſtattet haben, den Beſitz des Verkäufers ſich zuzurechnen, dann auch andern Succeſſoren um ein Aequivalent, zuletzt wurde es auch dem Succeſſor ex lucrativa causa (dem Legatar, dem Donatarius) zugelaſſen [o]). Unter den römiſchen Juriſten hat es vielleicht ſchon früh ſolche gegeben, die ſich zu einer Anwendung der accessio possessionis auch bey der Uſucapion hinneigten [p]); dieſe Anſicht hat ein Reſcript von Severus und Antoninus beſtätigt für den Fall des Kaufs [q]), zugleich im Intereſſe des Verkäufers, der bey der Uſucapion des Käufers betheiligt iſt, indem er ihm wegen Eviction haften muß. Juſtinian hat jedem Succeſſor bey jeder Erſitzung die Acceſſion des Uſucapionsbeſitzes ſeiner Vorgänger zuerkannt [r]), das Erforderniß des Ablaufs der ganzen Zeit ſeit dem Beſitzerwerb des Uſucapienten iſt alſo nur für die Fälle geblieben, wo der Uſucapient keinen Auctor

---

n) Daher ſagt Scävola L. 14 pr. D. de div. temp. praescr. et de accessionibus possessionum (44, 3): De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate. Die Hauptſtellen für die Theorie dieſer Acceſſion ſind L. 14—16 D. eod. L. 13 D. de adqu. poss. (41, 2).

o) Beim interdictum utrubi Gai. IV. 151; bey der longi temporis praescriptio fand noch Juſtinian für nöthig, ausdrücklich zu verordnen, daß die lucrativa causa der accessio possessionis nicht entgegenſtehen ſoll L. 11 C. de praescr. longi temp. (7, 33).

p) Bey vielen Stellen bleibt es ungewiß, in welcher Beziehung ſie von der Acceſſio handeln; auf die Uſucapion wendet ſie an Paulus L. 2 §. 16. 20 D. pro emt. (41, 4), auch L. 76 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1) enthielt urſprünglich wohl eine Anwendung auf die Uſucapion, die Erwähnung der „longae possessionis praescriptio“ beruht auf einer Interpolation.

q) §. 13 I. de usuc. (2, 6) Theophil. ad h. l.

r) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31).

hat[s]), oder einen, der nicht beſaß[t]), oder deſſen Beſitz kein Uſucapionsbeſitz war[u]).

Der Beſitz muß die Uſucapionszeit hindurch ununterbrochen fortgeſetzt worden ſeyn. Durch den Verluſt des Beſitzes wird die Uſucapion unterbrochen, dieß heißt usurpatio[v]). Wird nach einer ſolchen Unterbrechung der Beſitz wieder erworben, ſo iſt dieß als eine neue Uſucapion zu behandeln[w]). Die Anſtellung der Eigenthumsklage und Litisconteſtation mit dem Beſitzer unterbricht die Uſucapion nicht, denn durch dieſen Act geht in dem Zuſtand des Uſucapienten keine Veränderung vor, nur unſchädlich wird ſie dadurch, da die nach der Litisconteſtation vollendete von der Reſtitution nicht befreit[x]). Dieß iſt geblieben auch nachdem die Unterbrechung der Klagverjährung durch Klaganſtellung eingeführt worden war (§. 208 Note hh). Der Grund des Unterſchieds iſt, daß die Uſucapion auf einem Zuſtand des zu Belangenden, die Klagverjährung auf einer Unterlaſſung des Klagberechtigten beruht[y]).

---

s) Z. B. L. 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4).

t) L. 15 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

u) L. un. C. de usuc. transf. (7, 31) L. 13 §. 13 D. de adqu. poss. (41, 2).

v) L. 2. 5 D. de usurp. (41, 3) L. 5 D. pro don. (41, 6).

w) So verliert auch der den Beſitz, der in feindliche Gefangenſchaft kommt, die Uſucapion, die er angefangen hatte, iſt unterbrochen. Das Poſtliminium, mit dem er zurückkehrt, ſtellt die Uſucapion nicht wieder her, denn es bezieht ſich auf die Rechte, nicht auf den Beſitz, der etwas factiſches iſt. Wenn aber der Gefangene durch einen Sclaven im Uſucapionsbeſitz war, wo alſo das Recht an dem Sclaven die Uſucapion durch ihn, der die Sache für den Herrn inne hat, nach ſich zieht, da wird durch das Poſtliminium mit der Gewalt über den Sclaven auch dieſe Uſucapion wieder hergeſtellt L. 19. 23 §. 1 D. qu. ex caus. mai. (4, 6) L. 15 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 12 §. 2 D. de captiv. (49, 15).

x) L. 2 §. 21 D. pro emt. (41, 4) L. 18 D. R. V. (6, 1). (Frag. vat. §. 12 R.)

y) Von der longi temporis possessio wird häufig eine Unterbrechung durch L. C. behauptet, unſere Quellen aber ſprechen davon nicht

b) Der Beſitz muß einen rechtmäßigen Anfang gehabt haben, ohne dieſen nützt ſeine Fortſetzung die geſetzliche Zeit hindurch nichts. Der Beſitzer muß für ſeinen Beſitz einen Grund (§. 226) anführen können, dem zu Folge er (wenigſtens bonitariſcher) Eigenthümer werden konnte, vermöge deſſen er alſo den Gegenſtand pro suo beſitzt[z]). Dieſe iusta causa possessionis, wenn ſie die Eigenſchaft hat, die possessio pro suo zu begründen, heißt titulus usucapionis[aa]). So kann uſucapiren, wer die Sache mittelſt Kaufs (pro emtore), Schenkung (pro donato), durch Legat (pro legato), als Heirathsgut ſeiner Frau (pro dote), als Zahlung (pro soluto) empfangen, als eine von dem Eigenthümer derelinquirte (pro derelicto) in Beſitz genommen hat. Das Ereigniß, auf welches der Beſitzer ſich beruft: Kauf, Schenkung, Vermächtniß, Dereliction ꝛc. muß wirklich eingetreten und zu Recht beſtändig ſeyn, die opinio emtionis etc. begründet keine usucapio pro emtore[bb]). Nun kommen aber Fälle vor, wo jemand aus Irrthum einen Titel zu haben glaubt, und dieſer Irrthum ein ſo vollkommen entſchuldbarer iſt, daß auch der verſtändigſte und überlegteſte Mann ihm nicht entgangen wäre, hier iſt es genug, daß er die Sache als die ſeinige, pro suo, beſaß, und einen hinreichenden Grund zu dieſer Ueberzeugung hatte, um die Uſucapion zuläßig zu machen, z. B. es ſtellt ſich nachher heraus,

---

anders als von der Uſucapion L. 26 C. de R. V. (3, 32) L. 10 C. de praescr. l. tem. (7, 33). Die praescriptio nützt nichts, wenn die Zeit nicht ſchon bey der L. C. abgelaufen war (wie dieß ja auch bey der Uſucapion der Fall iſt), daß darum die possessio unterbrochen ſey, iſt ſo wenig wie bey der Uſucapion zu behaupten.

z) L. 13 pr. D. de usurp. (41, 3): Pignori rem acceptam usu non capimus quia pro alieno possidemus.

aa) L. 1 pr. D. pro dote (41, 9).

bb) L. 27 D. de usurp. (41, 3) L. 1 D. pro donato (41, 6) L. 6 D. pro derel. (41, 7) L. 1—3 D. pro legato (41, 8) L. 4 C. de usuc. pro herede (7, 29). Man drückt dieß ſo aus: der Titel muß wirklich, nicht bloß ein putativer ſeyn.

daß mein Verkäufer wahnſinnig war (wo alſo kein Kauf exiſtirt), oder daß mein Procurator, der mir die Sache kaufen ſollte, ſie in der That nicht gekauft, ſondern auf andere Art ſich verſchafft hat, oder daß eine Sache, die ich in der Erbſchaft vorfand, nicht dazu gehörte[cc]).

Eine beſondere Erläuterung fordert noch der Titel pro herede. Das Ereigniß welches den Titel ausmacht, iſt die hereditas, die Eröffnung der Erbfolge und daß die Sache zu dieſer Erbſchaft gehört[dd]). Pro herede beſitzt nun der, welcher ſich in dieſem Beſitz als Erben gerirt; um uſucapiren zu können, muß er zu dieſer Handlung berufen ſeyn. Dieß iſt der Fall, wenn ihm der Prätor die bonorum possessio giebt, nach altem Civilrecht aber auch ohne dieß, ſo lange der wirkliche Erbe noch nicht in den Beſitz der Sachen gekommen iſt, da es jedem des Erbrechts (und namentlich des teſtamentariſchen) Fähigen die Befugniß ertheilt, die zur Erbſchaft gehörigen Sachen an ſich zu nehmen, und ſie, bewegliche oder unbewegliche in einem Jahr zu uſucapiren[ee]). Dieſe usucapio heißt lucrativa, weil ſie einen Gewinn auf Koſten des wahren Berechtigten in Ausſicht ſtellt (Note g). Hadrian aber hat durch ein S. C. der hereditatis petitio eine ſolche Wirkſamkeit gegeben, daß ſie durch jene Uſucapion nicht mehr ausgeſchloſſen wird, und hat damit dieſer jene lucrative Qualität entzo-

cc) L. 2 §. 16 L. 11 D. pro emt. (41, 4) L. 3 D. pro herede (41, 5). L. 5. 6. 9 D. pro legato (41, 8) L. 4 §. 2 L. 5 D. pro suo (41, 10).

dd) L. 1 D. pro herede vel pro possessore (41, 5): Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor rem mortui fuisse existimaverit. Wenn ein suus heres exiſtirt, ſo beſteht gewiſſermaßen gar keine hereditas, da man ſagen kann, das Recht an den Gütern, das er ſchon beim Leben des Vaters hatte, trete gleichſam nur in Wirkſamkeit L. 11 D. de lib. et postum. (28, 2). Darauf beruht vielleicht die Anſicht, daß niemand in dieſem Fall pro herede uſucapiren kann L. 2 C. de usuc. pro her. (7, 29).

ee) Gai. II. 52—58, vgl. L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3).

gen, ohne übrigens ſie ſelbſt aufzuheben. Man kann alſo noch immer pro herede uſucapiren und dadurch Eigenthümer werden, nur ſchützt dieß nicht gegen die Klage des wirklichen Erben aus dem Erbrecht[ff]). Im juſtinianiſchen Recht übrigens hat die pro herede usucapio die Geſtalt, daß ſie die Uſucapion erbſchaftlicher Sachen durch den iſt, der ſich aus einem ent-

---

ff) Gaius giebt als Veranlaſſung dieſer eigenthümlichen Uſucapion den Wunſch an, den Erben zum baldigen Antritt zu vermögen, im Intereſſe der Gläubiger und der Sacra, damit jene zu dem Ihrigen kommen können, dieſe nicht ausgeſetzt werden. Auch der Uſucapient verpflichtete ſich beiden (da urſprünglich dieſe Uſucapion als eine der hereditas ſelbſt behandelt wurde). Hiernach ſollte man erwarten, daß die usucapio pro herede gegen alle necessarii heredes wegfalle (nicht bloß gegen die sui Note dd), da ſie von ſelbſt und ohne Antritt Erben werden. Deshalb bemerkt Gaius nachträglich noch beſonders, dem ſey nicht ſo Gai. II. 58: Et necessario tamen herede extante ipso iure pro herede usucapi potest. Man hat das handſchriftliche et in set verändert, und auf dieſe Emendation folgende in allen Punkten falſche Geſchichte gegründet: die usucapio pro herede, von der hier die Rede iſt, habe bis Hadrian gedauert, Hadrian habe ſie aufgehoben (ein entſchiedenes Mißverſtändniß ſeines Geſetzes), nur bey necessarii heredes habe er ſie noch gelaſſen (man weiß freilich nicht, wodurch dieſe des gleichen Schutzes in Hadrian's Augen ſich unwürdig gemacht haben), auch bey dieſen aber habe ſie Diocletian in L. 2 C. de usuc. pro her. (Note dd) beſeitigt (oder wenn nicht bey allen, doch wenigſtens bey den sui et necessarii). Dieß alles, glaubt man, werde beſtätigt durch Gai. III. 201, der als Beiſpiel der Bemächtigung einer fremden Sache ohne Diebſtahl die usucapio pro herede, und dabey nur den necessarius heres anführt. Ganz natürlich, denn er braucht ein Beiſpiel, wo die erbſchaftliche Sache ſchon ins Eigenthum, aber noch nicht in den Beſitz des Erben übergegangen iſt. Bey dem necessarius fällt nun niemals Beſitzerwerb und Erwerb des Erbrechts zuſammen, da der letztere ipso iure geſchieht; bey dem voluntarius wird die Bemächtigung ſelten zwiſchen dem Antritt und dem Beſitzerwerb deſſelben, ſondern meiſtens vor dem erſteren geſchehen, wo die Sachen noch nicht im Eigenthum des Erben ſich befinden, gewiſſermaßen nullius in bonis ſind L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8), alſo kein Beiſpiel für das „rem alienam occupare et usucapere“ abgeben. Puchta verisim. cap. VI (1839) p. 8—11.

ſchuldbaren Irrthum für den Erben: Civilerben (pro herede) oder prätoriſchen (pro possessore) hält[gg]).

Im älteren Recht kommt noch eine Anzahl von Uſucapionen vor, die von den regelmäßigen auch in Beziehung auf den Titel abweichen. Vor allem gehören die dahin, durch welche der frühere Eigenthümer die Sache zurückerwerben kann: usureceptiones. Wenn der Staat ihm verpfändete Grundſtücke verkauft, und der Käufer (praediator) macht zwey Jahre hindurch von ſeinem Recht nicht Gebrauch, läßt alſo den früheren Eigenthümer ſo lange im Beſitz, ſo hat dieſer das Eigenthum zurückerworben; dieß heißt usureceptio ex praediatura[hh]). Wenn ferner der Eigenthümer fiduciae causa (mit der Verabredung künftiger Remancipation) mancipirt oder in iure cedirt hat, z. B. zur Verwahrung, oder pfandweiſe (§. 247), ſo kann er durch Beſitz von einem Jahr (auch bey Grundſtücken) das Eigenthum zurückerwerben, ſo gut wie wenn ihm die Sache remancipirt worden wäre. Dieſer Uſureception fehlt es nicht an einem Titel, wenn der Fall von der Beſchaffenheit iſt, daß er die Remancipation ſchon hätte fordern können; iſt dieß nicht z. B. bey der Verpfändung, wenn der Gläubiger noch nicht befriedigt iſt, ſo iſt es eine Uſucapion ohne Titel, eine lucrativa usucapio[ii]).

Wenn jemand von einer Frauensperſon eine res mancipi ohne Auctoritas des Tutors wiſſentlich gekauft hat (§. 202, 2, b), ſo kann er in Folge der „rutiliana constitutio" (von der uns nichts weiteres bekannt iſt) uſucapiren, wenn ihm nicht vor Ablauf der Uſucapionszeit der Kaufpreis zurückerſtattet wird. Manche Juriſten behandelten den Kauf als nichtig, dann wäre es eine Uſucapion ohne Titel, Andere glaubten, er beſitze pro emtore, da die Frau wenigſtens den Beſitz

---

gg) L. 3 D. pro herede (41, 5) iſt nicht von der *pro herede* usucapio zu verſtehen, ſondern von einer usucapio pro suo (Note cc).

hh) Gai. II. 61. *ii*) Gai. II. 59—61.

veräußern könne; nach dieſer Anſicht weicht alſo dieſe Uſucapion nur in Beziehung auf die bona fides von der Regel ab[kk]). — Im juſtinianiſchen Recht kommen alle dieſe Abweichungen nicht mehr vor.

c) Wo die Uſucapion eine materiell mangelhafte Erwerbung ergänzen, wo ſie alſo auch gegen den wirklichen Eigenthümer (nicht den bloß quiritiſchen) wirkſam werden ſoll, z. B. der Nichteigenthümer hat die Sache verkauft und tradirt, da muß zu dem iustus titulus auch noch bona fides des Erwerbers hinzukommen, d. h. die Unbekanntſchaft mit dem Hinderniß, welches dem Eigenthumserwerb entgegenſtand, oder poſitiv ausgedrückt: die Ueberzeugung, durch den Titel wirklich Eigenthümer geworden zu ſeyn[ll]). Dieſe Ueberzeugung iſt, inſofern wirklich noch ein Anderer Eigenthümer iſt, ein Irrthum, der Irrthum muß aber ein factiſcher ſeyn, er darf nicht einen Rechtsſatz betreffen[mm]). Das Verhältniß der bona fides zu dem Titel iſt das, daß dieſer die Grundlage derſelben iſt, wie dieſer iſt ſie daher ein Erforderniß des Beſitzanfangs, und es ſchadet nach römiſchem Recht nicht, wenn ſie im Lauf der Uſucapion wegfällt[nn]). Der muß daher in bona fide ſeyn, in

---

kk) Fragm. vat. 1.

ll) Dieſes Erforderniß hat keine Ausnahme nach juſtinianiſchem Recht, nach älterem ſind davon ausgenommen die usucapio pro herede, die usureceptiones, und die usucapio ex rutiliana constitutione. — Juſtinian hat in Nov. 119. c. 7 ſogar die bona fides des Auctors gefordert, ſofern der wahre Eigenthümer mit ſeinem Recht oder der Veräußerung unbekannt iſt.

mm) L. 31 pr. D. de usurp. (41, 3) vgl. L. 7 D. de iuris et facti ign. (22, 6). Wenn daher der Käufer weiß, daß ſein Verkäufer nicht Eigenthümer, noch auch Procurator ꝛc. deſſelben iſt, dennoch aber glaubt, Eigenthümer geworden zu ſeyn, indem er meint, auch ein Nichteigenthümer könne Eigenthum übertragen, ſo kann er nicht uſucapiren.

nn) L. 43 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 2 §. 13 D. pro emt. (41, 4). Die bona fides, alſo z. B. die Ueberzeugung, daß der Tradent Eigenthümer ſey, muß zur Zeit des Beſitzerwerbs vorhanden ſeyn, und dieß reicht in der Regel aus; wo aber der Titel ein von dem Be-

deſſen Perſon der Uſucapionsbeſitz beginnt, dieß iſt bey dem Erwerb durch Stellvertreter regelmäßig der Dominus, bey dem Erwerb für ein Peculium der Sclave oder Sohn (§. 228 Note z); dort iſt nur die bona fides des Dominus, hier die des Repräſentanten erforderlich[oo]).

d) Eine Hauptrückſicht auf den wirklichen Eigenthümer, der durch die Uſucapion ſeines Rechts beraubt werden kann, liegt in den geſetzlichen Beſtimmungen, welche gewiſſe Sachen der Uſucapion entzogen haben, daß alſo, ſo lange die Sache dieſe der Uſucapion entgegentretende Eigenſchaft (vitium ex re) hat, der Eigenthümer ſein Recht durch den fremden Beſitz, wenn auch alle andern Erforderniſſe der Uſucapion einträten, nicht verliert.

Schon die Zwölf Tafeln ſchließen die Uſucapion geſtohlner Sachen (res furtivae) aus, natürlich nicht bloß für den Dieb, ſondern auch für den dritten bonae fidei possessor, denn es iſt ein ſachliches Vitium, welches die Uſucapion hindert[pp]). Dadurch ſchon iſt bey beweglichen Sachen einem dem Rechtsgefühl bedenklichen Erfolg des Uſucapionsinſtituts in den meiſten Fällen vorgebeugt, denn die unberechtigte Veräußerung einer ſolchen wird meiſtens unter den Begriff des Furtums fallen[qq]). Die Lex Atinia hat die Vorſchrift der zwölf Tafeln wiederholt, mit dem Zuſatz, daß das Vitium getilgt ſeyn, alſo die Sache uſucapionsfähig werden ſoll, in dem Augenblick wo ſie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen iſt, und

---

ſitzerwerb getrenntes Rechtsgeſchäft iſt, wie beim Kauf, muß auch bey dieſem ſchon die bona fides exiſtiren L. 7 §. 17 D. de public. act. (6, 2) L. 10 pr. 15 §. 3 L. 48 D. de usurp. L. 2 pr. 7 §. 4 D. pro emt.

oo) L. 2 §. 10 — 13. L. 11 D. pro emt. (41, 4). Im zweiten Fall iſt die bona fides des Vaters oder Herrn nicht nothwendig, da er von dem Erwerb nicht zu wiſſen braucht, weiß er aber davon (zu der Zeit des Erwerbs ſelbſt), ſo ſchadet ſeine mala fides L. 43 §. 1 D. de usurp. (41, 3). *pp*) Gai. II. 45. 49. *qq*) Gai. II. 50.

dieß iſt auch der Fall, wenn er ſich im Stand befindet, ſie zu vindiciren [rr]). Nach der Lex Julia und Plautia werden res vi possessae, alſo gewaltſam occupirte Grundſtücke, wie die res furtivae behandelt [ss]), eben ſo nach der lex iulia repetundarum die Sachen, welche gegen dieſes Geſetz dem Vorſteher der Provinz gegeben worden ſind [tt]). Das Uſucapionsverbot bey Gränzen (nach den Zwölf Tafeln, der Lex Mamilia, und dem neuſten Recht) iſt oben vorgekommen (§. 234). Res mancipi einer Frau, die unter Tutel der Agnaten ſteht, können nach den Zwölf Tafeln nicht uſucapirt werden, wenn ſie nicht unter Autorität dieſer Tutoren veräußert ſind [uu]). Die geſetzlichen Veräußerungsverbote beziehen ſich auch auf die Uſucapion, ſofern auch der, welcher dieſe zuläßt, veräußert [vv]), dieß trifft z. B. die Sachen eines Pupillen oder ſonſtigen Bevormundeten, die ohne Beobachtung der geſetzlichen Vorſchriften veräußert worden ſind [ww]), ebenſo die Dotalgrundſtücke [xx]) u. ſ. f.

Daß Staatseigenthum nicht durch Uſucapion ins Eigenthum von Privatperſonen übergehen könne, war ohne Zweifel

rr) Gell. XVII. 7: legis veteris atiniae verba sunt: quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto—. L. 4 §. 6 D. de usurp. (41, 3): — nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur. L. 215 D. de V. S. (50, 16). Auch servi fugitivi können nicht uſucapirt werden, weil ſie gewiſſermaßen ſich ſelbſt entwendet haben L. 1 C. de serv. fug. (6, 1). (Anders faßt das Verhältniß beider Geſetze Mommsen de auctoritate p. 21: die Zwölf Tafeln hatten die Uſucapion verboten, der Beſitzer bedurfte mithin fortwährend des Beiſtandes ſeines Auctors. Dennoch dauerte die Vertretungspflicht nur ein Jahr §. 239 Note b. Dieſe Inconſequenz verbeſſerte die Lex Atinia, indem ſie die Pflicht des Gewährsmannes für eine immerwährende erklärte. R.)

ss) Gai. II. 45. 51. L. 4 §. 22. 23 L. 33 §. 2 D. de usurp. (41, 3).

tt) L. 8 D. de l. iul. repet. (48, 11) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

uu) Gai. II. 47. Cic. ad Att. I. 5. pro Flacco 34.

vv) L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16) L. 12 §. 4 D. de public. act. (6, 2). *ww*) L. 48 pr. D. adqu. dom. (41, 1).

xx) L. 16 D. de fundo dot. (23, 5).

von jeher Rechtens, daſſelbe wurde für den Fiscus des Princeps feſtgeſetzt, und als ſich neben dem Fiscus ein beſonderes Privatvermögen des Fürſten bildete, auch für dieſes[yy]). Auch auf unbewegliches Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen iſt dieß erſtreckt[zz]). Städtiſches Eigenthum iſt ebenfalls der Uſucapion entzogen[aaa]).

CCXL. Bey Sachen, an denen Eigenthum, aber kein quiritiſches, und folglich auch nicht die Uſucapion möglich iſt, alſo bey Provincialgrundſtücken beſteht daſſelbe Bedürfniß einer Ergänzung unvollkommenen Erwerbs und der Sicherung des Eigenthums, welches auf die Uſucapion geführt hat. Wie früh nun die römiſchen Magiſtrate dieſem Bedürfniß durch Einführung eines analogen Inſtituts entgegengekommen ſind, läßt ſich mit einiger Beſtimmtheit nicht angeben, wahrſcheinlich iſt es um dieſelbe Zeit geſchehen, als die Römer in den

---

yy) L. 18. 24 §. 1 D. de usurp. (41, 3) L. 2 C. comm. de usuc. (7, 30) L. 2. 3 C. ne rei dominicae (7, 38). Wenn dem Fiscus Güter als bona vacantia anfallen, ſo beginnt ihre Uſucapionsunfähigkeit mit der Anzeige derſelben an den Fiscus (nuntiatio); wenn aber der Uſucapionsbeſitz ſchon vorher begonnen hatte, ſo wird er nicht unterbrochen L. 18 D. de usurp. §. 9 I. de usucap. (2, 6).

zz) Nov. 111 c. 1. Nov. 131 c. 6.

aaa) L. 9 D. de usurp. (41, 3) L. 2 C. ne rei dom. (7, 38) L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2). Eine Ausnahme macht die Zuweiſung deſſelben durch ein obrigkeitliches Decret, wodurch das bonitariſche Eigenthum entſteht und durch Uſucapion in quiritiſches verwandelt werden kann L. 15 §. 27 D. de damno inf. (39, 2) (im juſtinianiſchen Recht iſt die Stelle von der Unwiderruflichkeit der Einweiſung zu verſtehen). Paul. sent. V. 2. 4 ſpricht von der longi temporis praescriptio (und zwar von 20 Jahren) gegen Stadtgemeinden. Hier kann ein ähnlicher Fall gemeint ſeyn, überdieß aber braucht die Stelle gar nicht von der Eigenthumsklage der Stadt verſtanden zu werden, ſie kann ſich auch auf ein ſtädtiſches Pfandrecht beziehen, Unterholzner Verjährungsl. I §. 45. Eine andere Meinung hat Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgeſch. S. 401, aber nicht ohne unſtatthafte Vermiſchung der Erſitzung mit der Klagverjährung.

Provinzen ſich auszubreiten und Eigenthum darin zu erwerben anfiengen. Dem, welcher einen rechtmäßig erworbenen und längere Zeit fortgeſetzten Beſitz für ſich anführen konnte, wurde eine Einrede gegeben, wodurch er die Klage des Eigenthümers ausſchloß, die longi temporis praescriptio. Die Zeit wurde auf zehn Jahre feſtgeſetzt, man hatte ausgedehnte Grundbeſitzungen vor Augen, wo es dem Eigenthümer nicht ſo leicht iſt, ſeine Güter zuſammenzuhalten und eine begonnene Erſitzung ſofort zu entdecken. Aber es mußte ſich hier ſogleich auch der Fall aufdrängen, daß der Eigenthümer abweſend iſt; ſtatt auf die In Integrum Reſtitutio zu verweiſen, nahm man dieſen Fall gleich in den Rechtsſatz ſelbſt auf, und ſetzte die Zeit auf das Doppelte, auf zwanzig Jahre, ſo daß alſo das longum tempus zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes beträgt[a]). Auf der andern Seite wurde hier wohl gleich anfangs vom Prätor die accessio possessionis unter Umſtänden wenigſtens zugelaſſen (§. 239 Note o). Dadurch nun konnte ihre Anwendung auch bey italiſchen Grundſtücken, ja ſelbſt bey beweglichen Sachen in manchen, freilich ſeltenen Fällen vortheilhaft werden[b]). In Beziehung auf die von der

---

a) Paul. sent. V. 2, 3. V. 5 a, 8. So deutet auch dieſe Zeitbeſtimmung auf die Entſtehung des Inſtituts für die Provincialgrundſtücke hin. In neuerer Zeit hat man andere Meinungen über ſeinen Urſprung verſucht (z. B. daß es für den italiſchen Ager publicus entſtanden ſey, Schröter in der Zeitſchr. für Civilr. II S. 240, Hameaux die usucapio und l. t. praesc. 1835 S. 17 ff.), die bey weitem geringere Wahrſcheinlichkeit haben. Mißverſtändlich hat man eine Stelle des Hyginus de cond. agror. Goes. p. 205 hierher bezogen, die weder von dem ager publicus noch von der longi temporis praescriptio ſpricht, ſondern ſagt: den quaestorius ager (den vom Staat nach vorhergegangener Limitation verkauften) habe die Länge der Zeit (vetustas longi temporis) größtentheils dem occupatus äußerlich ganz ähnlich gemacht, die Limites ſeien verſchwunden.

b) Eine häufigere Veranlaſſung ihrer Anwendung auf bewegliche Sachen bot das Eigenthum der Peregrinen dar (§. 235 g. E.). So können die ſicheren Spuren einer ſolchen Anwendung, die wir in den Quel-

Uſucapion wegen eines Vitiums ausgenommenen Sachen (§. 239 a. E.) war die longi temporis praescriptio ſicher nicht vortheilhafter geſtellt[c]), eben ſo wenig als hinſichtlich des Titels und der bona fides, welche hier unter dem Ausdruck iustum initium zuſammengefaßt werden[d]). Ueber die Wirkung dieſer longa possessio iſt als gewiß anzunehmen, daß der Prätor anfangs mit derjenigen ſich begnügte, von welcher das Inſtitut den Namen hat, nämlich den Beſitzer durch eine Einrede (praescriptio) gegen die Eigenthumsklage zu ſchützen[e]);

---

len finden, nicht auffallen. Marcian L. 9 D. de div. temp. praescr. (44, 3) führt dafür (in rebus mobilibus nach der Flor., die Lesart der Vulgathandſchr. in rebus soli beruht wahrſcheinlich auf einer Emendation der Gloſſatoren, weil die Stelle zum juſtinianiſchen Recht nicht mehr zu paſſen ſcheint, aber ſie iſt hier von der Aufhebung des Pfandrechts zu verſtehen, vgl. L. 5 §. 1 L. 12 eod.) Reſcripte des Divus Magnus Antoninus an (alſo wenn kein Irrthum obwaltet, des Caracalla) — kurz vorher war die accessio possessionis für die Uſucapion, wenigſtens im Fall des Kaufs, geſetzlich eingeführt worden (§. 239 Note q), dieß paßt alſo nicht gut zu der im Text berührten Gelegenheit der Anwendung (anders wenn ſtatt Magnus zu leſen wäre Marcus, wie Vangerow Leitfaden zu Pand. Vorleſ. I S. 508, ich weiß nicht mit welchem Grund, drucken läßt). Modeſtin L. 3 D. de div. temp. praescr. iſt vielleicht interpolirt (ſo daß er ſtatt des Gegenſatzes praedia und mancipia einen andern z. B. von res mancipi und nec mancipi, oder praedia italica und provincialia erwähnt hätte), aber eine Anwendung auf Sclaven ſetzt auch Diocletian voraus L. 1 C. de serv. fug. (6, 1), wenn die Stelle nicht von der Erwerbung der Freiheit zu verſtehen iſt vgl. §. 212 Note dd. Dagegen drückt L. 2 C. in quib. caus. cessat l. t. pr. (7, 34): In servorum *proprietatis* negotio quum usucapio locum habeat, ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur, den Stand der Sache nach juſtinianiſchem Recht aus, wo für den Erwerb des Eigenthums die l. t. pr. bey beweglichen Sachen durch die Uſucapion ganz abſorbirt iſt.

c) So werden in Beziehung auf res furtivae beide Erſitzungen ganz gleich behandelt L. 1 C. de serv. fug. (6, 1).

d) Paul. sent. V. 2, 4. L. 2. 4. 5. 8. 9. 11 C. de praescriptione longi temporis (7, 33).

e) Nur dieſe Richtung des Inſtituts gehört hierher; in die Lehre vom Eigenthumserwerb die Wirkung der Erſitzung für andere Rechte,

daß man aber bald dahin kam, auch dem, welcher das Eigenthum an einem Provincialgrundſtück klagend zu verfolgen veranlaßt war, zur Begründung der Klage die Berufung auf die longi temporis possessio zu geſtatten (wie bey der civilis in rem actio die Berufung auf die Uſucapion), hat eine ſo vollkommene Wahrſcheinlichkeit für ſich, daß wir es annehmen müßten, wenn es auch nicht beſonders bezeugt wäre[f]). Die Klage war die gewöhnliche, wie ſie bey Provincialgrundſtücken ſtattfand, es wäre möglich, daß auch hier der Richter auf die Berückſichtigung der Erſitzung durch eine longi temporis praescriptio, alſo pro actore (§. 164 a. E.), angewieſen wurde. Die civilis in rem actio konnte natürlich nicht dadurch begründet werden, es wäre aber auch gar nicht auffallend, wenn man bey italiſchen Grundſtücken und bey beweglichen Sachen nicht über die Wirkung einer Einrede hinausgegangen wäre.

An dieſes Inſtitut der longi temporis praescriptio knüpft ſich die weitere Geſchichte der Erſitzung an. Die Kaiſer der vierten Periode bis Juſtinian fanden wenige oder keine Veranlaſſung, Geſetze über jene oder über die Uſucapion zu erlaſſen, mit Ausnahme etwa einiger hinzugefügter Ausſchließungen von dieſer Erwerbung[g]). Dieß würde indeſſen nicht aus-

---

namentlich die Aufhebung des Pfandrechts zu ſtellen, wie es in den Compendien zu geſchehen pflegt, weil beides zufällig coincidiren kann, iſt ein ſyſtematiſcher Fehler, der nicht ſelten die Frucht trägt, daß zwey weſentlich beſondere Dinge für weſentlich verbundene gehalten werden.

f) Ein ſolches Zeugniß giebt Juſtinian L. 8 pr. C. de praescr. xxx ann. (7, 39): Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit —— posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus, *hoc enim et veteres leges*, *si quis eas recte inspexerit, sanciebant*. So kann L. 7 C. de praescr. longi temp. (7, 33) auch auf einen Kläger bezogen werden. Von der longa quasi possessio bey Servituten wird es ausdrücklich geſagt, daß ſie zur Begründung einer utilis actio tauglich iſt L. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5).

g) In den Titeln des juſtinianiſchen Codex von der Erſitzung (Cod.

ſchließen, daß in der Praxis ſich manches veränderte, wenigſtens in einigen Theilen des Reichs. Der eigentlich praktiſche Unterſchied zwiſchen usucapio und longi temporis praescriptio lag damals in der Zeit, die ſie forderten, die übrigen Erforderniſſe waren bey beiden ſo gut als gleich, in der Wirkung war das Eigenthum anlangend keine erhebliche und noch feſtzuhaltende Verſchiedenheit (quiritiſches und nichtquiritiſches Eigenthum waren damals bedeutungsloſe Namen), die längere Zeit aber mußte dem damaligen Rechtsbewußtſeyn mehr zuſagen, als die ein und zwey Jahre der Uſucapion, eine Reliquie aus anderen, untergegangenen Zuſtänden. So dürften wir uns nicht verwundern, wenn in manchen Theilen des Reichs, zumal in ſolchen, wo bey dem Grundeigenthum ohnedieß (wegen Mangels an praedia italica) bloß die longi temporis praescriptio ſtattfand, die Uſucapion d. h. die Erſitzung von ein und zwey Jahren gänzlich außer Gebrauch gekommen wäre. Dieſen Stand der Sache finden wir nun wirklich im weſtgothiſchen Reich, deſſen Lex Romana in den Sentenzen des Paulus einen Titel mit der Ueberſchrift de usucapione (V. 2) enthält, in dem aber nicht von der Uſucapion, ſondern bloß von der longi temporis praescriptio die Rede iſt.

VII. 26—31. 33—35. 38) kommt von den Kaiſern zwiſchen Diocletian und Juſtinian keine Conſtitution vor, mit Ausnahme des letzten Titels: ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. Daraus läßt ſich zurückſchließen auf den theodoſiſchen Coder, der nichts von der usucapio, und wahrſcheinlich auch keinen Titel über die longi temporis praescriptio enthält, denn Tit. 13 des vierten Buchs, den die Ausgaben mit der Ueberſchrift de longi temporis praescriptione haben, rührt von Cujacius her, der auf dieſe Weiſe zwey man weiß nicht wo aufgefundene Conſtitutionen unterbrachte, Geſetze, die überdieß gar nicht einmal von dieſem Gegenſtand handeln. Das erſte ſpricht von einem Decennium, aber von den erſten zehn Jahren der conſtantiniſchen Regierung (usque ad nostra decennalia, d. h. bis zum Jahr 316, aus welchem das Geſetz iſt), das zweite handelt von einer vierzigjährigen Verjährung (§. 208 Note q).

Anders war es in den öſtlichen Provinzen des Reichs, wo überhaupt eine größere äußere Bildung den Gebrauch der juriſtiſchen Literatur erleichterte, und damit der Abweichung von dem geſchriebenen Recht einen kräftigeren Widerſtand entgegenſetzte. Das zwar lag in der Natur der Sache, daß im orientaliſchen Reich bey Grundſtücken ſelten von der Uſucapion Gebrauch gemacht werden konnte; denn mit Ausnahme der wenigen Städte, die das Jus Italicum hatten, war der geſammte Grund und Boden Provincialland, und dadurch ausſchließlich der longi temporis possessio zugänglich. Aber für bewegliche Sachen hielt man die Uſucapion feſt. Man hatte alſo zwey Erſitzungen: eine von einem und zwey Jahren, ſie war und hieß usucapio, und fand Anwendung bey allen beweglichen Sachen und bey Grundſtücken italiſchen Rechts, eine von zehn (oder zwanzig) Jahren, ſie war die longi temporis praescriptio, und fand Anwendung bey allen Grundſtücken mit Ausnahme jener. Die Vorausſetzungen beider waren dieſelben, nur in Beziehung auf die accessio possessionis wurde vielleicht noch ein Unterſchied gemacht, oder es war wenigſtens eine Unklarheit darüber, ebenſo mußten ſie auch in der Wirkung (was den Eigenthumserwerb anlangt) gleichgeſtellt werden, doch beſtand auch darüber, wie es ſcheint, ſtörende Ungewißheit, da man nicht den freien Blick hatte, die weſentliche Gleichheit unter der Hülle ſcheinbarer Verſchiedenheit zu erkennen.

So fand Juſtinian das Inſtitut der Erſitzung. Mit einer kleinen Nachhülfe ließ ſich ihm eine befriedigende Geſtalt geben; daß das unter den gegebenen Umſtänden Rechte ſo nahe lag, ſchmälert das Verdienſt Tribonian's nicht, es getroffen zu haben[h]). Nachdem ſchon 528 erklärt worden war, daß die

---

h) Die Verordnungen, welche die Reform enthalten, ſind L. 8 C. de praescr. xxx ann. (7, 39) wahrſcheinlich vom Jahr 528, beſonders aber L. un. C. de usucapione transformanda etc. (7, 31) vom J.

longi temporis praescriptio eine Eigenthumserwerbsart ſey, und ſo gut als die Uſucapion die Eigenthumsklage begründen könne (Note f), wurde 531 feſtgeſetzt: 1) der Unterſchied zwiſchen italiſchen und Provincialgrundſtücken iſt aufgehoben, für alle Grundſtücke beſteht die Erſitzung von zehn Jahren inter praesentes, zwanzig Jahren inter absentes, die Erſitzung von zwey Jahren iſt abgeſchafft[h*]); 2) die beſtrittene Frage, wann die zehn-, wann die zwanzigjährige Erſitzung eintrete, wird dahin entſchieden, daß wenn Eigenthümer und Beſitzer in der-

---

531, von welcher ohne Zweifel L. un. C. de nudo iure quir. toll. (7, 25) und L. 12 C. de praescr. longi temp. (7, 33) urſprünglich Theile waren. Dazu iſt zu vergleichen pr. I. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus (2, 6) und Theoph. ad h. l.

*h**) (Damit ſteht auch die Aufhebung der annalis exceptio italici contractus in Verbindung L. 1. C. de annali exceptione italici contractus tollenda (7, 40). L. un. C. de usuc. transf. (7, 31) in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur (die Servituten) sicut annalem exceptionem ita et usucapionem transformandam esse censemus. Man hat ſie auf die Liberation der Sponſoren in Italien (Gai. III 121) bezogen, obgleich dieſe ipso iure eintrat; Huſchke, Recht des Nexum S. 187 will ſie gar auf die Klagen aus allen Contracten und Quaſicontracten römiſcher Bürger in Italien ausgedehnt wiſſen. Davor hätte ſchon der von Juſtinian angedeutete Zuſammenhang mit dem italiſchen Recht der Grundſtücke warnen ſollen. Ein weſentlicher Beſtandtheil deſſelben waren die Contracte über italiſche Grundſtücke, das Nexum, Mancipations- Ceſſions- und Gewährsrecht Bd. I §. 94. Durch Mancipation und Nexum übernimmt der Auctor das Periculum des Evictionsproceſſes und kann deshalb mit der actio auctoritatis auf das Doppelte belangt werden (Plaut. Pers. IV. 3, 55. 56. Cic. pro Mur. 2, 3. Paul. sent. rec. II, 17. 3. V. 10 de contrahenda auctoritate.) Dieſe Klage iſt an ſich als civile Contractsklage perpetua, durch unſere Exception wird ſie temporär. Der Auctor kann nämlich geltend machen, daß ſich der Kläger gegen den Vindicanten nach vollendeter Uſucapion durch ſeine eigene Gewähr hätte ſchützen ſollen. Die Ausdehnung der Zeit auf fünf und zehn Jahre erklärt ſich aus L. 14 pr. C. de serv. (3, 34). Die Beſchränkung auf ein Jahr bezieht ſich auf Mobilien. Vgl. Savigny, Zeitſchr. V. 6 S. 261. 262. R.)

ſelben Provinz ihr Domicilium haben, ſie als praesentes, wenn in verſchiedenen Provinzen, als absentes gelten ſollen, auf ihren bloßen Aufenthalt und auf die Lage der Grundſtücke ſoll nichts ankommen[i]); 3) die einjährige Erſitzung der beweglichen Sachen iſt abgeſchafft, an ihre Stelle tritt eine dreijährige; 4) alle dieſe Erſitzungen ſtehen in ihren übrigen Erforderniſſen gleich, namentlich ſetzt jede iustus titulus, bona fides, uſucapionsfähige Sache voraus, und bey jeder iſt die accessio possessionis in ihrem vollen Umfang zugelaſſen.

Dieſe Beſtimmungen gaben nun auch die Richtſchnur für die Darſtellung des Rechts in den Geſetzbüchern aus den älteren Rechtsquellen. Dabey ſchien aber, um kein Mißverſtändniß zu begünſtigen, eine ſchonende Rückſicht auf den Sprachgebrauch der Zeitgenoſſen nothwendig, denen das Wort usucapio mit einer Erſitzung von ein und zwey Jahren identiſch war[k]), und die bey einer Zeit von zehn oder zwanzig Jahren kein anderes Wort kannten als longi temporis possessio oder praescriptio. Es war daher rathſam nur die Erſitzung beweglicher Sachen usucapio zu nennen, die der unbeweglichen longi temporis possessio, und dieſer Sprachgebrauch wurde auch in die älteren Rechtsquellen durch Interpolation eingeführt[l]). Aus dieſem Sprachgebrauch darf man daher nicht auf eine in-

i) Die Parteien können während der Zeit, die der Beſitzer für ſich anführt, zum Theil praesentes, zum Theil absentes geweſen ſeyn, für dieſen Fall hat Juſtinian ſpäter (Nov. 119 c. 8) verfügt: das Decennium ſoll ſich um ſo viel Jahre vermehren, als während deſſelben die Parteien abweſend waren, d. h. alſo, zwey Jahre Abweſenheit gelten für ein Jahr Anweſenheit oder umgekehrt.

k) Daher braucht Juſtinian ſelbſt von der dreijährigen Uſucapion einmal die Worte: *quasi* per usucapionem L. un. C. de usuc. transform. (7, 31).

l) Wo die Juriſten oder älteren Principes bey beweglichen Sachen von Uſucapion redeten, ließ man das Wort ſtehen, wo dagegen von unbeweglichen die Rede war, veränderte man es in longa possessione capio oder ähnliche Ausdrücke.

nere Verſchiedenheit ſchließen, hätte eine ſolche auch noch bis auf das Jahr 531 beſtanden, ſo wäre es die äußerſte Verkehrtheit geweſen, ſie bey jener Reform noch beizubehalten, keine Aeußerung des Geſetzgebers berechtigt uns, ihm eine ſolche Thorheit zuzumuthen, ja er ſteht nicht an, in den Inſtitutionen die longi temporis possessio ſelbſt eine Uſucapion zu nennen[m]), und damit die ganze Erſitzung an dieſes alte Inſtitut anzuſchließen. Wir haben alle Urſache, dieſem Beiſpiel zu folgen, und der Erſitzung ſowohl unbeweglicher als beweglicher Sachen den claſſiſchen Namen der Uſucapion zu geben, der durch die Subſtituirung anderer Zeiträume natürlich nicht unpaſſend geworden iſt[n]).

Juſtinian hat noch eine Erſitzungsart hinzugefügt. Seit Theodoſius **II** beſteht eine Verjährung der Eigenthumsklage, die der dreißigjährige Beſitzer dem Eigenthümer entgegenſtellen kann (§. 208); dieſe praescriptio xxx annorum ſetzt keinen rechtmäßigen Beſitz voraus, ſie hat aber auch keine andere Wirkung als den Schutz des Beſitzers gegen die Vindication, ſie giebt ihm nicht das Eigenthum, und nimmt es nicht dem Eigenthümer. Dieſer longissimi temporis possessio, wie die Neuern ſie nennen, hat nun Juſtinian die Wirkung des Eigenthumserwerbs gegeben, mit andern Worten: er hat ſie zur Uſucapion gemacht, wenn der Beſitzer bona fide den Beſitz

---

m) pr. I. de usuc. (2, 6).

n) Es giebt Juriſten, die ſich (man möchte ſagen, vermöge eines gewiſſen Zuges zu dem Abnormen) noch immer nicht von dem Gedanken einer fortdauernden Exiſtenz zwey verſchiedener Erſitzungsarten loszureißen vermögen. So hat die Note a angeführte Schrift von Hameaux die Abſicht, usucapio und longi temporis praescriptio noch nach dem neuſten Recht als zwey verſchiedene Inſtitute darzuſtellen. Die Unterſchiede, welche dieſer Schriftſteller zuſammenzubringen verſucht hat, ſind theils ganz aus der Luft gegriffen, theils beziehen ſie ſich nicht auf die Erſitzung als Eigenthumserwerb (Note e).

erlangt hat[o]). Sie verhält ſich zu der bisher dargeſtellten Uſucapion, die wir die ordentliche nennen können, als Supplement. Sie fordert eine längere Zeit als die ordentliche, nämlich immer wenigſtens dreißig Jahre, und zwar gleichmäßig bey beweglichen und unbeweglichen Sachen, doch iſt auch hier die accessio possessionis zugelaſſen; dagegen iſt ſie laxer in den übrigen Erforderniſſen, das Erforderniß eines iustus titulus und der Uſucapionsfähigkeit der Sache fällt bey ihr hinweg, ſo daß alſo die längere Zeit ein Surrogat für dieſe Erforderniſſe iſt. Dagegen hat auf ſie einen Einfluß, daß die dreißigjährige Klagverjährung ihre Grundlage bildet: gegen welche Perſonen dieſe auf vierzig Jahre geſetzt iſt, gegen dieſelben hat auch die außerordentliche Uſucapion dieſe Dauer[p]), und gegen welche Perſonen die Klagverjährung ausgeſchloſſen iſt, iſt es auch die außerordentliche Uſucapion[q]).

Das Reſultat des juſtinianiſchen Rechts über die Erſitzung iſt folgendes. Wer eine bewegliche Sache in drey, eine unbewegliche in zehn oder zwanzig Jahren uſucapiren will, deſſen Beſitz muß alle die Erforderniſſe haben, die §. 239 näher dargeſtellt worden ſind: namentlich iustus titulus, bona fides, Uſucapionsfähigkeit der Sache. Dieß iſt die ordentliche Uſucapion des juſtinianiſchen Rechts. Wer keinen iustus titulus nachweiſen kann, oder eine der Uſucapion entzogene (z. B. geſtohlne, gewaltſam beſeſſene, fiscaliſche ꝛc.) Sache beſitzt, dem iſt die Erſitzung darum noch nicht verſchloſſen,

---

o) L. 8 §. 1 C. de praescr. xxx ann. (7, 39).

p) Die ordentliche wird dadurch nicht verändert z. B. unbewegliche Sachen der Kirchen ſind der ordentlichen Uſucapion entzogen, und die außerordentliche fordert 40 Jahre, eben ſo die außerordentliche der beweglichen, die ordentliche derſelben aber nur drey Jahre, wie ſonſt.

q) So gegen Unmündige; die Zeit wo der Eigenthümer der Sache unmündig war, wird nicht eingerechnet. Auf die ordentliche Uſucapion darf dieß nicht bezogen werden, wie es von einer ungehörigen Vermengung der Klagverjährung und Erſitzung aus öfters geſchehen iſt.

wenn er nur nicht in mala fide iſt, aber er bedarf dazu dreißig, zuweilen vierzig Jahre, und es wird überdieß vorausgeſetzt, daß der Eigenthümer nicht eine Perſon ſey, gegen welche die praescriptio xxx vel xl annorum ausgeſchloſſen iſt.

Erwerbungen aus dem Jus Gentium.

CCXLI. Zwey Claſſen ſolcher Erwerbungen ſind zu unterſcheiden, die eine bilden die Rechtsgeſchäfte, denen das Jus Gentium dieſe Wirkung beilegt, die andere die Fälle wo ipso iure das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach ſich zieht. Was die erſte anlangt, ſo iſt es der Act der Beſitzerwerbung, an welchen das Jus Gentium die Wirkung des Eigenthumserwerbs unter gewiſſen Vorausſetzungen anknüpft, und in der That iſt es das Natürlichſte, die rechtliche Herrſchaft, die jemand erwerben ſoll, mit der phyſiſchen beginnen zu laſſen[a]).

Die Veräußerungsform des Jus Gentium iſt die Beſitzübertragung, Tradition (§. 228), ſchon früh wurde ihr bey res nec mancipi ſogar die Wirkung der Uebertragung des quiritiſchen Eigenthums eingeräumt, bey res mancipi hatte ſie wenigſtens das bonitariſche zur Folge (§. 236), im juſtinianiſchen Recht iſt ſie die allgemeine Uebertragungsform des Eigenthums, und vertritt beim Eigenthum namentlich die Stelle der Mancipation und In Jure Ceſſio, die aus dem neuſten Recht verſchwunden ſind[b]). Auch nach dem Jus Gentium alſo iſt der bloße irgendwie erklärte Wille zum Uebergang des Eigenthums nicht hinreichend, es muß eine ihn ver-

---

a) Auch in dieſem Sinn kann man ſagen, nach Jus Gentium dominium rerum ex naturali possessione coepisse L. 1 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

b) §. 40 I. de rer. div. (2, 1): — cuiuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur —.

körpernde und eine Ausführung deſſelben enthaltende Form hinzukommen, nur iſt dieſe Form keine künſtliche, wie nach dem Jus civile[c]).

Aber die Tradition iſt zunächſt nur Beſitzübertragung, zur Eigenthumsübertragung macht ſie erſt der übereinſtimmende Wille des Tradenten und des Empfängers, Eigenthum zu geben und zu nehmen; dieſer Wille bildet die iusta causa traditionis[d]). Er iſt vorhanden, wenn die Tradition in Folge eines Kaufs geſchieht, oder als Zahlung, als Darlehen, in der Abſicht eines Tauſches, einer Schenkung u. ſ. f. (alle dieſe Geſchäfte ſind daher iustae causae traditionis), nicht da-

---

c) L. 20 C. de pactis (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. In einem Fall ſoll die bloße Uebereinkunft ohne Tradition die Wirkung des Eigenthums-übergangs haben. Wenn ein Societätsvertrag geſchloſſen wird, ſo kommen der Regel gemäß die Sachen, die vermöge deſſelben gemein-ſchaftlich werden ſollen, ins Miteigenthum der Socii nur durch Tra-dition, davon aber iſt eine Ausnahme gemacht bey einer societas omnium bonorum, wo alle Sachen, deren Eigenthümer ein Socius iſt, durch den bloßen Abſchluß des Vertrags ſofort ins Miteigenthum der andern übergehen, ohne Zweifel wegen des Umfangs dieſer Socie-tät, der die Ausführung des Willens durch Tradition faſt undenkbar macht L. 1 §. 1 L. 2 D. pro socio (17, 2). Savigny (Recht des Beſ. S. 374) erklärt dieſen Eigenthumserwerb (den die Neueren transitus legalis nennen) durch Annahme eines Conſtitutum poſſeſſorium (§. 228 Note cc); dieß würde in ſich ſchließen, daß nicht bloß das Eigenthum, ſondern auch der Beſitz übergehe, zu welcher Behauptung wir nicht veranlaßt ſind.

d) L. 31 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Dieſes letztere ſchließt die Coincidenz der iusta causa mit der Tradition z. B. bey der Schen-kung nicht aus, denn auch hier wird der Wille zu ſchenken dem Act der Tradition vorausgehen, es beweiſt alſo nur, daß die iusta causa nicht nothwendig ein abgeſondertes Geſchäft, und daß auch bey einem ſolchen nicht das ganze Geſchäft, ſondern nur jener Wille, den es ent-hält, die weſentliche iusta causa iſt.

gegen bey der Uebergabe zur Verwahrung, zum bloßen Gebrauch, zu Pfand u. dgl. Die Uebergabe kann möglicherweiſe der iusta causa vorausgehen, dann iſt das Eigenthum mit dem Eintritt der iusta causa erworben, dieß iſt namentlich der Fall, wenn der Wille ein bedingter, alſo der Kauf z. B. mit einer Suſpenſivbedingung geſchloſſen iſt; man nennt dieß eine Tradition mit Vorbehalt des Eigenthums [e]. Ja beim Kauf wird jene Wirkung der Tradition ſchon durch Rechtsvorſchrift aufgeſchoben, bis der Verkäufer hinſichtlich des Kaufpreiſes befriedigt iſt, ſey es durch Zahlung, oder durch Sicherheit, die ihm dafür mit ſeiner Zuſtimmung geſtellt wird, oder endlich dadurch, daß er ſich dazu verſteht, auch ohne eine ſolche Sicherheit den Preis bey dem Käufer ſtehen zu laſſen [f]. — Uebrigens iſt die iusta causa nur jener

---

e) Die Tradition iſt dann entweder bloß Uebertragung des natürlichen Beſitzes L. 16 D. de peric. et comm. (18, 6) L. 20 §. 2 D. loc. (19, 2), oder auch des juriſtiſchen, der hier als precaria possessio zu behandeln iſt L. 20 D. de precar. (43, 26) L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54).

f) L. 19. 53 D. de contr. emt. (18, 1) Varro de R. R. II. 1 (ſ. §. 236 Note s). In §. 41 I. de rer. div. (2, 1) wird dieß auf die Zwölf Tafeln zurückgeführt, mit der Bemerkung, daß dieſelbe Vorſchrift mit Recht auch aus dem Jus Gentium, der naturalis ratio, abgeleitet werde. Die Inſtitutionen ſcheinen hier einen doctrinellen Streit unter den Juriſten vor Augen zu haben, von denen die Einen auf jene, die Andern auf dieſe Art den Rechtsſatz zu begründen ſuchten. Er wird alſo nicht ausdrücklich in den Zwölf Tafeln enthalten geweſen ſeyn, und das iſt auch ſonſt das Wahrſcheinlichere. Es mag eine Stelle geweſen ſeyn, die von der Mancipation ſprach, und ihre Wirkſamkeit beim Kauf davon abhängig machte, daß der Scheinzahlung durch Uebergabe des Raudusculum (§. 238, 3) die wirkliche Befriedigung vorhergegangen war. Die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht liegt darin, daß der Natur des Kaufs eine gleichzeitige Erreichung ihrer Zwecke von Seiten beider Theile gemäß iſt und feſtgehalten werden muß, wenn nicht einer derſelben darauf verzichtet. Dieſelbe Erwägung, welche der Klage des Käufers auf Tradition eine exceptio doli entge-

übereinſtimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, der übrige Inhalt des Rechtsgeſchäfts, in dem jener Wille enthalten iſt, gehört im allgemeinen nicht zur iusta causa. Ja wenn dieſes Rechtsgeſchäft wegen eines Willensmangels ungültig wäre, ohne daß dieſer Mangel jenen hier allein weſentlichen Willen träfe, ſo würde die Tradition doch das Eigenthum übertragen. Dieß iſt der Fall, wenn beide Parteien taugliche Rechtsgeſchäfte im Sinne haben, aber verſchiedene, z. B. der Eine Schenkung, der Andere Zahlung; hier iſt weder geſchenkt noch gezahlt, denn es fehlt die Uebereinſtimmung in eines und das andere, aber das Eigenthum geht über, denn darauf war der Wille Beider gerichtet[g]).

Auch der Wille iſt noch nicht hinreichend, die Tradition zur Eigenthumserwerbsart zu machen. Empfänger und Tradent müſſen überdieß fähig ſeyn, Eigenthum zu erwerben und zu geben. Wir haben hier die Fähigkeit des Tradenten näher

---

genſtellen läßt, wenn er den Verkäufer noch nicht befriedigt hat (während der Pächter den Pachtzins erſt nach gewährter Benutzung zahlen muß), hat auch auf den obigen Rechtsſatz geführt.

g) Iulian. L. 36 D. de adqu. dom. (41, 1). Nach dieſem Princip wird hier der Fall entſchieden, wenn jemand Geldſtücke mit dem Willen zu ſchenken übergiebt, die der Andere als Darlehen empfängt: — constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (causa *dandi* iſt nicht die iusta causa traditionis, ſondern die causa dieſer causa, das Motiv der Eigenthumsübertragung). Ulpian aber L. 18 D. de reb. cred. (12, 1), indem er ausführt, daß hier wie keine Schenkung, eben ſo auch kein Darlehen exiſtire und daher der Empfänger, wenn er das Geld verbraucht, die exceptio doli gegen die Condictio habe, weil es mit dem Willen des Gebers conſumirt ſey, verbindet mit jener Behauptung: nec mutuam esse, zugleich die: magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Alle Verſuche, dieſe Stellen zu vereinigen, ſind bisher mißlungen. Entweder hat Ulpian ein Verſehen begangen, oder er hat in dieſem einzelnen Fall eine Veranlaſſung gefunden, von dem Princip, das er ſicher mit Julian anerkannt hat, abzuweichen.

zu betrachten[h]). Regelmäßig hat nur der Eigenthümer die Macht, Eigenthum zu geben, die Tradition von einem Nichteigenthümer macht den Empfänger zum Beſitzer, ja unter den gehörigen Vorausſetzungen mit der conditio usucapiendi, aber nicht zum Eigenthümer. Keine eigentliche Ausnahme von dieſer Regel iſt die Eigenthumsübertragung durch einen Repräſentanten des Eigenthümers, in welchem dieſer handelt oder als handelnd gedacht wird: durch einen von ihm dazu durch Auftrag Bevollmächtigten, durch einen vermöge Amts zu dieſer Repräſentation Berufenen (Vormund, Verwalter, ſoweit ihre Vollmacht reicht), durch den Pfandgläubiger, dem ſein Pfandrecht zu dieſer Repräſentation die Befugniß giebt. Dem Fiscus aber iſt in dieſer Beziehung ein beſonderes Vorrecht gegeben worden. Wenn es ſich zuträgt, daß der Fiscus aus irgend einem Rechtsvorwand eine fremde Sache veräußert, ſo iſt nach älterem Recht die Unterſuchung der Rechtmäßigkeit dieſer Verfügung nur innerhalb fünf Jahren zuläßig. Nach Ablauf derſelben kann nicht mehr gegen den Fiscus geklagt, aber auch nach einem Edict Marc Aurel's gegen den Beſitzer das Eigenthum nicht mehr verfolgt werden[i]). Nach einem Geſetz Zeno's dagegen ſollen die Empfänger vom Fiscus ſofort Eigenthümer werden, und die dadurch Verletzten lediglich ihren Regreß an den Fiscus innerhalb vier Jahren nehmen können, dieſelbe Wirkung hat Juſtinian der Veräußerung einer fremden Sache durch den Kaiſer oder ſeine Gemahlin gegeben[k]). Die Regel, daß der Eigenthümer durch

---

h) Gai. II. 62—64. Inst. II. 8: quibus alienare licet vel non.

i) §. 14 I. de usuc. (2, 6) L. 3 C. si adv. fiscum (2, 37). Anwendung davon iſt auch gemacht auf fremde Sclaven, die ohne den Willen des Eigenthümers unter die kaiſerlichen Leibdiener (cubicularii) aufgenommen werden L. 4 C. de praepos. sacri cub. (12, 5) vgl. §. 213 a. E.

k) L. 2 3 C. de quadrienn. praescr. (7, 37).

Tradition Eigenthum übertragen könne, erleidet alſo erweiternde Modificationen, ſie hat aber auch beſchränkende, es giebt Eigenthümer die nicht veräußern können. Abgeſehen von der Einſchränkung der Handlungsfähigkeit oder Adminiſtrationsbefugniß (§. 202), iſt dieß der Fall, wenn dem Eigenthümer die Veräußerung durch ein Geſetz verboten iſt, die Wirkung dieſes Verbots iſt die Nichtigkeit der Veräußerung, alſo daß namentlich auch die Tradition den Uebergang des Eigenthums an den Empfänger nicht zur Folge hat[l]).

---

l) Note h. L. 1 D. de fundo dotali (23, 5). Beruht das Veräußerungsverbot auf bloßem Privatwillen (Teſtament oder Vertrag), ſo kann die gleiche Wirkung dadurch erreicht werden, daß die Veräußerung zur Bedingung des Erwerbs von Seiten eines Andern gemacht wird, indem z. B. der Teſtator die Sache unter der Bedingung, daß ſie der Erbe veräußere, dem Titius vermacht, oder zwiſchen Verkäufer und Käufer verabredet wird, daß eine Veräußerung von Seiten des letzteren die Uebertragung an ihn (als Reſolutivbedingung) vernichten, und damit den Rückfall an den Verkäufer bewirken ſolle. Hier kommt das Recht deſſen, an den die Sache unter dieſer Bedingung fallen ſoll, dem Erwerb des Empfängers gegen das Veräußerungsverbot zuvor, und hindert ihn. Außerdem kann ein ſolches Veräußerungsverbot zwar wirkſam ſeyn, aber nur ſo daß es (unter den gehörigen Vorausſetzungen) einen Anſpruch gegen den pflichtwidrigen Veräußerer (auf das Intereſſe oder eine verabredete Strafe, bey Schenkungen auf Erſatz der Sache ſelbſt) begründet, nicht aber daß es die Erwerbung des Eigenthums durch den Dritten hindert L. 21 §. 5 D. de act. emti (19, 1) L. 3 C. de cond. ob causam dat. (4, 6). Eine höhere Wirkung giebt Marcian dem Verſprechen des Verpfänders an den Pfandgläubiger in L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (20, 5) nach der Lesart der bekannten Handſchriften. Ein innerer Grund für dieſe Ausnahme iſt kaum zu ermitteln, aber auch abgeſehen davon hat jene Lesart unüberwindliche Schwierigkeiten. Die Worte ſind: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus (dieſer Ausdruck: hypothecam vendere vom Schuldner gebraucht, wäre ſehr ungewöhnlich), quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? (Wie konnte der Zweifel an der Gültigkeit der Uebereinkunft entſtehen? wie konnte man auf den Gedanken kommen, dieſes pactum ſey contra ius? Darauf giebt es

Es giebt einige Fälle des Eigenthumserwerbs, die auf den erſten Anblick von der Tradition ganz verſchieden zu ſeyn ſcheinen, die aber in der That entweder wirkliche Traditionen,

---

keine haltbare Antwort) Et certum est nullam esse venditionem (kein Wort zur Beſeitigung jenes ſtark ausgedrückten Zweifels), ut pactioni stetur (als ob Gültigkeit des Pactums und Richtigkeit des Verkaufs weſentlich verbundene Dinge wären, während in der That jenes gültig und wirkſam ſeyn kann, ohne darum gerade dieſe Wirkung zu haben). Die Stelle wäre das Gedankenloſeſte, was je ein römiſcher Juriſt geſchrieben, wenn ſie in dieſer Geſtalt aus Marcian's Feder gefloſſen wäre. Dazu kommt noch ihr Zuſammenhang mit den vorher behandelten Fragen, die ſie abſchließt. Das Fragment beginnt mit dem Fall: si *creditor pignus vel hypothecam vendiderit* hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare, welches Recht hat der Verpfänder aus dieſem Vertrag ſeines Gläubigers? Zweiter Fall: kann der Verpfänder die Sache nach dem Verkauf wieder einlöſen (es iſt etwa zwiſchen ihm und dem Gläubiger verabredet, daß dieſer mit dieſer Bedingung verkaufen ſolle)? Es hängt davon ab, ob der Gläubiger wirklich ſo verkauft hat. Nun unſer dritter Fall. Am nächſten lag, nach jenen Veräußerungen, die dem Verpfänder die Wiedererlangung der Sache offen halten, auf die Frage zu kommen, ob er ſich nicht noch beſſer die Sache ſichern könne mittelſt völliger Ausſchließung der Veräußerung durch den Gläubiger. Statt deſſen wäre nun hier auf einmal von einem ganz andern Verkauf, als dem des Gläubigers, dem Gegenſtand der bisherigen Unterſuchung, nämlich von dem des Verpfänders die Rede. Unter allen dieſen Umſtänden würde die Annahme einer Corruption (und zwar einer, die früh eintrat, denn das florentiniſche MS. hat ſie, und auch die Baſiliken ſetzen jene Lesart voraus) nicht unbegründet ſeyn, auch wenn ſie keine handſchriftliche Grundlage hätte. Aber dieſe fehlt nicht einmal. Aus der Gloſſe und andern Nachrichten (ſ. Savigny Geſch. des R. R. im M. A. III. S. 726 der 2 Ausg.) ergiebt ſich, daß zur Zeit der Gloſſatoren Handſchriften exiſtirten, welche den Schluß der Stelle ſo hatten: nullam esse *pactionem* (oder conventionem), wodurch von ſelbſt die Fortſetzung: ut *venditioni* stetur, und der Anfang: si pactum sit a *debitore*, ne liceat *creditori* etc. gegeben iſt. Dieſe durch die Autorität des florentiniſchen MS. verdrängte Lesart ſtellt nicht nur den Zuſammenhang der Stelle mit dem Vorangehenden her, ſondern giebt ihr ſelbſt erſt Verſtändlichkeit. Der Vertrag, wodurch dem Gläubiger das

oder wenigſtens unter dieſen Geſichtspunkt zu bringen ſind. Wer Geld oder dergleichen unter eine Menge auswirft, in der Abſicht, den welcher von den Verſammelten zuerſt es ergreifen wird, zum Eigenthümer zu machen (qui missilia iactat in vulgus), giebt ſein Eigenthum auf, aber nicht ſchlechthin, ſondern mit dem Willen, es auf einen Andern zu übertragen, dem zugleich die Möglichkeit der Apprehenſion eingeräumt wird. In dieſen beiden Punkten beſteht aber eben die Tradition, und das Beſondere jenes Falls iſt nur daß der Empfänger im Augenblick des Auswerfens für den Geber noch eine persona incerta iſt[m]). Wie eine Tradition ferner iſt es zu behandeln, wenn jemand das Recht Früchte einer fremden Sache zu beziehen, von dem Eigenthümer erhalten hat, wie der Pächter, der Uſufructuar; er wird Eigenthümer der Früchte durch die Apprehenſion ihres Beſitzes (Perception), und dieſe Apprehenſion geſtattet und gewährt der Eigenthümer, nur daß ſich dieſe Erlaubniß und Einräumung nicht ſpeciell für jede einzelne Frucht wiederholt[n]). Auch der Er-

---

Veräußerungsrecht genommen werden ſoll, iſt contra ius, er widerſpricht der Natur des Pfandrechts, und iſt darum nichtig. Vgl. Puchta, Veräußerung gegen Vertrag, Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XII. 6.

m) L. 9 §. 7 D. de adquir. dom. (41, 1) §. 46 I. de rer. div. (2, 1). Der Wille iſt auf einen aus der verſammelten Menge gerichtet, alſo doch nicht auf ein abſolut unbeſtimmtes Subject. Anders wenn jemand Geld wegwirft oder ein Thier losläßt, damit irgend jemand es finde und an ſich nehme; hier iſt keine Tradition anzunehmen, ſondern eine Dereliction von der einen, eine Occupation von der andern Seite, die bloße Abſicht, daß ein Anderer Eigenthümer werden möge, die am Ende bey den meiſten Derelictionen vorkommen wird, iſt nicht hinreichend, um den Fall unter die Tradition zu ſtellen, die Perſon darf nicht abſolut unbeſtimmt ſeyn, und ſie ſelbſt muß den Beſitz als einen von dem Andern zu ihren Gunſten aufgegebenen ergreifen L. 5 §. 1 D. pro derel. (41, 7).

n) L. 6 D. de donat. (39, 5) L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2) L. 13 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4).

werb deſſen, der als Beklagter mit der Vindication ſtatt der Sache den Erſatz derſelben geleiſtet hat, iſt der Tradition zu vergleichen (§. 232 Note s).

Nicht bloß die Tradition, ſondern auch die einſeitige Beſitzergreifung, die **Occupation** iſt nach dem Jus Gentium eine Eigenthumserwerbsart, wenn dieſer Aneignung nicht das Recht eines Andern entgegenſteht. Die Tradition ſetzt als Eigenthumserwerbsart voraus, daß ein Anderer Eigenthümer iſt, der durch dieſen Act das Eigenthum aufgiebt und auf den Erwerber überträgt. Die einſeitige Beſitzergreifung dagegen, wenn ſie das Eigenthum bewirken ſoll, fordert, daß die Sache herrenlos, nullius in bonis iſt: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur[o]). Es iſt gleichgültig, ob die Sache noch niemals im Eigenthum geweſen, oder ob ſie herrenlos erſt geworden iſt, aber ſie iſt herrenlos nicht ſchon wenn niemand ſie ex iure quiritium, ſondern erſt wenn ſie auch niemand in bonis hat. Dieſe Vorausſetzung des Eigenthumserwerbs durch Occupation ſoll nun an einigen Fällen näher beſtimmt werden.

1) Eine Sache kann herrenlos werden dadurch, daß der Eigenthümer ſein Eigenthum ſchlechthin aufgiebt, dieſer Verzicht auf das Eigenthum heißt Dereliction. Sie fordert einmal den Willen, ſich ſeines Eigenthums zu entäußern, ſodann eine äußere Handlung, in der ſich dieſer Wille verkörpert (pro derelicto habere) z. B. Wegwerfen der Sache, Entfernung von dem Grundſtück[p]). Ueber die Wirkung der Dereliction

---

o) Gai. II. 66—69. §. 12—19. 39. 47. 48 I. de rer. div. (2, 1) L. 1—6 D. de adqu. dom. (41, 1).

p) §. 47 I. de rer. div. (2, 1). Der bloße Wille (auch der wörtlich erklärte) iſt nicht hinreichend Ulpian. L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2): differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere —, aber auch nicht der bloße äußere Act, daher der Schiffswurf zur Er-

war eine Controverſe zwiſchen den beiden Schulen der römiſchen Juriſten. Die Proculianer betrachteten ſie als eine Handlung, welche den Eigenthumserwerb durch Occupation möglich mache, aber erſt durch dieſe Occupation verliere der Derelinquent das Eigenthum, nicht ſchon durch die Dereliction ſelbſt, während die Sabinianer, deren Meinung nachher die herrſchende ward, dieſe Wirkung des Verluſtes ſchon der Dereliction zuſchrieben [q]). — Seit Conſtantin nahmen die auf das Grundeigenthum gelegten Laſten ſo ſehr zu, daß die Bebauung geringeren Landes an vielen Orten ſich nicht mehr lohnte, daher ſolche unfruchtbarere Strecken entweder derelinquirt wurden, oder die Eigenthümer, wenn die Steuern zu hoch ſtiegen, ſich temporär von ihren Gütern entfernten, und dieſe bis auf beſſere Zeiten ihrem Schickſal überließen. Darauf bezieht ſich eine Reihe von Verordnungen [r]), von denen folgende hieher gehören. Niemand ſoll die unfruchtbaren Theile ſeines Grundbeſitzes derelinquiren und die fruchtbaren behalten können, er muß alles behalten oder alles aufgeben. Ferner wenn jemand verlaſſenes Land in Beſitz genommen und

---

leichterung des Fahrzeugs keine Dereliction iſt §. 48 I. de rer. div. Die Dereliction iſt gewiſſermaßen die umgekehrte Occupation Ulpian. L. 1 D. pro derel. (41, 7): si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

q) L. 43 §. 5 D. de furt. (47, 2) L. 38 §. 1 D. de noxal. act. (9, 4) L. 2 §. 1 D. pro derel. (41, 7). Der Grund der proculianiſchen Anſicht könnte geweſen ſeyn, daß auf jeden Fall die Dereliction als ein nicht civiler Act nur das natürliche, nicht das quiritiſche Eigenthum zerſtöre, daß alſo der Derelinquent das nudum ius quiritium behalte, dieſer Begriff aber ſetze voraus, daß ein Anderer die Sache in bonis habe, und das geſchehe erſt durch die Occupation. Aber vielleicht berief man ſich auch auf den allgemeineren Grund, daß die Dereliction allein ein zu wenig mit Zuverläßigkeit erkennbarer Act ſey.

r) Cod. XI. 58: de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur.

cultivirt hat, ſo ſoll der Eigenthümer, der zwey Jahre verſtreichen läßt, ohne das Grundſtück mit Erſtattung der Culturkoſten zu vindiciren, als Derelinquent behandelt, der Beſitzer Eigenthümer werden.

2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde ſich befinden, ſind herrenlos, ſie ſind, ſo lange jene Gewalt dauert, allen rechtlichen Zuſtänden entzogen (vgl. auch §. 223 Note q). Dieß gilt auch von denen, welche die Feinde uns abgenommen haben. Die Befreiung aus der Gewalt der Feinde, alſo ihr Gelangen in unſere Gewalt ſtellt ſie in die Reihe der rechtlichen Gegenſtände, ſie werden daher durch unſere Occupation in das Eigenthum gebracht, entweder in das Eigenthum des Staats, durch deſſen Ueberlaſſung ſie dann erſt an die Einzelnen gelangen, oder unmittelbar in das Eigenthum der einzelnen Occupanten. Das erſte iſt der Fall bey denen, die unter die Kategorie der Eroberung oder Beute fallen, das zweite bey dem, was von dem Eigenthum der jenſeitigen Volksgenoſſen ſchon bey dem Anfang des Kriegs in unſerem Lande ſich befand[s]). Zur Beute gehört das dem Feinde Abgenommene, auch wenn es früher unſer Eigenthum war, dieſe Eigenſchaft hat es durch den Zwiſchenzuſtand feindlicher Gewalt unwiederbringlich verloren, es wird wie eine von jeher herrenloſe Sache behandelt. Dieß aber hat Ausnahmen, es giebt Sachen, die, wenn die Gewalt der Feinde über ſie aufhört, in ihren früheren rechtlichen Zuſtand zurückkehren, alſo auch in das Eigenthum des früheren Eigenthümers, indem jener rechtloſe Zwiſchenzuſtand getilgt wird. Dieſe Sachen haben das Poſtliminium (vgl. §. 220, 1, a), es gehören dahin: Grundſtücke, Sclaven, Pferde und Maulthiere, die im Krieg gebraucht werden, und unter derſelben Vorausſetzung auch Schiffe[t]).

---

s) L. 51 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

t) L. 2. 3. 19 §. 10 L. 28. 30 D. de captiv. (49, 15) Cic. top. 8.

2) Die natürliche Freiheit wilder Thiere macht ſie zu herrenloſen Sachen, ſie ſind nur ſo lange im Eigenthum, als jene Freiheit unterdrückt iſt, alſo ſo lange ſie beſeſſen werden (§. 228 Note l)[u]). Das Eigenthum wird an wilden Thieren, die in ihrer natürlichen Freiheit ſind, durch Occupation erworben; ob der Occupant zur venatio, piscatio, aucupium berechtigt war, iſt für dieſe Wirkung gleichgültig, der unbefugte Jäger oder Fiſcher macht ſich einer Rechtsverletzung ſchuldig und ſetzt ſich einer Klage aus, aber er verletzt nicht ein Eigenthum an den Thieren, denn ein ſolches exiſtirt nicht[v]).

4) Wenn eine Sache ſo lange verborgen gelegen hat, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln iſt, ſo iſt ſie eben darum als eine herrenloſe zu behandeln. Ein ſolcher thesaurus[w]) wird von dem Occupanten erworben[x]). Ein Bedenken entſteht, wenn jemand einen Schatz auf fremdem Grund und Boden entdeckt, ſofern die Occupation nicht ohne eine ihm

---

u) L. 3 §. 2 L. 4. 5 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Der Unterſchied zwiſchen zahmen und gezähmten Thieren iſt, daß die Fortdauer des Eigenthums an den erſten z. B. Hunden, Gänſen, dadurch daß ſie ſich verlaufen und die Gewöhnung zu ihrem Herrn und Hof verlieren, nicht beeinträchtigt wird, während ſie bey den anderen, zu denen die Römer auch Bienen und Tauben rechnen, von der consuetudo revertendi abhängt L. 5 §. 2—6 D. eod. — Ein abentheuerlicher Gedanke wird in L. 44 D. eod. von Pomponius erwähnt, und ſeltſam genug faſt ungern wieder aufgegeben: was ein wildes Thier uns geraubt, werde auch herrenlos — es fehlte nur noch, daß man dieſen Raub mit der Erbeutung durch die Feinde zuſammenſtellte.

v) L. 1 §. 1 L. 3 §. 1 D. eod.

w) L. 31 §. 1 D. eod.; Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat —. L. un. C. de thesauris (10, 15): — condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia —.

x) Man bezeichnet dieſen Eigenthumserwerb gewöhnlich mit dem Ausdruck: Finden, inventio. Aber Finden iſt gar kein juriſtiſcher Act, und nicht der Finder als ſolcher wird Eigenthümer, ſondern nur wenn er zugleich Occupant iſt, was nicht immer zuſammentrifft.

nicht zuſtändige Einwirkung auf das Grundſtück möglich iſt. Der Eigenthümer kann dieſe Occupation unterſagen, und wenn der Finder dieſes Verbot durch Verheimlichung umgeht, oder ſich über daſſelbe hinwegſetzt, ſo liegt es ſehr nahe, dem Eigenthümer eine Klage auf Herausgabe des durch jene widerrechtliche Handlung gemachten Gewinns zuzuſprechen. Seit man ferner unter den Imperatoren angefangen hatte, auf Vermehrung der öffentlichen Einkünfte und namentlich des Fiscus des Princeps aller Orten Bedacht zu nehmen, konnte es leicht als empfehlungswerthe Maßregel erſcheinen, Schätze wie bona vacantia zu behandeln und dem Aerar oder Fiscus ein Anrecht darauf beizulegen[y]). Die erſte geſetzliche Anordnung über dieſen Punkt, welche bekannt iſt, traf Hadrian[z]). Wer einen Schatz auf ſeinem eignen Grundſtück findet, ſoll ihn durch Occupation erwerben und ohne Abzug behalten, hier iſt es denn auch gleichgültig, ob er ihn abſichtlich geſucht oder zufällig gefunden hat. In allen andern Fällen verwirkt man durch das abſichtliche Nachforſchen das Recht auf das Gefundene. Die Occupation in Folge zufälligen Findens aber giebt daſſelbe Recht wie dort bey einem in heiligen Orten oder in Begräbnißplätzen befindlichen Schatz[aa]), befand er ſich auf fremdem Eigenthum, ſo hat der Eigenthümer (ſey es der Princeps, oder der Staat, oder eine Stadt, oder eine Privatperſon) ein

---

y) Dahin deuten die Anzeigen, die von entdeckten Schätzen an den Princeps gemacht wurden, ſey es mit dem Geſuch des Occupanten, ſie behalten zu dürfen Philostrat. vit. sophist. II. 2. Zonaras annal. IX. 20 (Reſcript des Nerva) oder mit der Aufforderung, die zur Occupation nöthigen Mittel zu decretiren Tac. ann. XVI. 1. Sueton. Nero 31.

z) §. 39 I. de rer. div. (2, 1) Spartian. Hadr. 18.

aa) Dieß hat nachher eine Conſtitution von Marc Aurel und Verus abgeändert, wenigſtens in Beziehung auf Begräbnißplätze, der Fiscus ſoll hier Anſpruch auf die Hälfte haben L. 3 §. 10 D. de jure fisci (49, 14).

Recht auf die Hälfte, die er von dem Occupanten fordern kann[bb]). Dieſes Recht tragen auch die ſpäteren Juriſten bis zum Ende der dritten Periode vor, was nicht ausſchließt, daß durch vorübergehende Finanzmaßregeln unter manchen Regierungen alle Schätze dem Fiscus vindicirt wurden, ja daß dieß ſogar das Gewöhnliche war[cc]). Die Folge davon war ohne Zweifel die, daß die Entdeckung gewöhnlich verheimlicht wurde, dieß bewog Conſtantin, während die Belohnung des Entdeckers bis dahin dem willkührlichen Ermeſſen überlaſſen war, durch ein allgemeines Geſetz dem Finder die Hälfte zuzuſprechen[dd]). Theodoſius I kam auf das hadrianiſche Recht zurück, doch ſo daß er den Anſpruch des Grundeigenthümers auf ein Viertheil reducirte[ee]). In den weſtlichen Theilen des Reichs ſcheint man, obwohl dieſe Verordnungen in den theodoſiſchen Codex aufgenommen wurden, das ausſchließliche Recht des Fiscus nicht aufgegeben oder bald wiederhergeſtellt zu haben[ff]), und auch im Orient geſchah das Letztere, bis Kaiſer Leo das Recht Hadrian's wieder einführte, indem er zugleich die Anwendung heidniſcher Gebräuche und zauberiſcher Künſte bey der Aufſuchung von Schätzen verbot[gg]); dieſes Recht hat auch Juſtinian in ſeine Geſetzgebung aufgenommen.

---

bb) Wo der Fiscus dieſen Anſpruch hat, wird dem Occupanten das Ganze und noch einmal ſoviel entzogen, wenn er den Schatz verheimlicht. Gegenüber andern Grundeigenthümern iſt er zur Anzeige nicht verpflichtet L. 3 §. 11 D. eod.

cc) So ſtellt es Lampridius im Leben des Alexander (c. 46) als einen beſondern Gnadenact dar, daß dieſer Princeps die Schätze den Findern zu überlaſſen pflegte, was vorausſetzt, daß damals jeder dem Fiscus angezeigt werden mußte. Vgl. auch Iac. Gothofredus ad L. 1 C. Th. de thesaur.

dd) L. 1 C. Th. de thesauris (10, 18).

ee) L. 2. 3 C. Th. eod.

ff) So beſtand es unter den Oſtgothen Cassiodorus var. VI. 8.

gg) L. un. C. de thesauris (10, 15).

CCXLII. Eine Eigenthumsveränderung, Erwerb auf der einen, Verluſt auf der andern Seite, kann durch die Vereinigung mehrerer Sachen entſtehen. Vor allem muß hier der Fall ausgeſchieden werden, wenn mehrere Eigenthümer übereinkommen, ihre Sachen zu verbinden, z. B. ihr Getreide, ihren Wein, um die Maſſe gemeinſchaftlich zu Markt zu bringen; durch die Ausführung dieſer Uebereinkunft werden ſie Miteigenthümer, jeder verliert ſein Eigenthum an ſeiner Sache, und erwirbt das Eigenthum einer Quote des Ganzen, aber dieß iſt eine Folge ihres Rechtsgeſchäfts, und tritt ein, von welcher Art übrigens die Verbindung ſeyn möge[a]).

Soll die Verbindung ſelbſt eine Eigenthumsveränderung hervorbringen, ſo hängt dieſe Veränderung und ihre Modalität von zwey Momenten ab: 1) von der Innigkeit der Verbindung, 2) von dem Verhältniß, in dem die verbundenen Sachen ſtehen, welches ein doppeltes ſeyn kann: a) daß die eine Sache Beſtandtheil, Acceſſion, der andern iſt, ſie alſo in dem Verhältniß von Hauptſache und Nebenſache zu einander ſtehen, b) daß keine Sache Acceſſion der andern iſt, ſie alſo zuſammen eine dritte bilden, deren gleichmäßige Beſtandtheile ſie ſind. Von dem erſten Moment, der Innigkeit der Verbindung, hängt es ab, ob überhaupt eine Eigenthumsveränderung eintritt, von dem zweiten, welcher Art dieſe Veränderung iſt. Wir beginnen daher mit dem erſten Moment, dem das zweite anzuſchließen ſeyn wird.

Iſt die Verbindung eine das Weſen der Sachen nicht afficirende, eine rein äußerliche, ſo tritt überall keine Eigenthumsveränderung ein. Am unzweifelhafteſten iſt der Fall, wenn ſie gar keine Cohärenz der Körper bewirkt z. B. wenn Getreide verſchiedener Eigenthümer auf einen Haufen zuſammengeſchüttet wird, oder meine Schafe unter fremde gerathen; hier kann

---

a) L. 5 pr. D. de R. V. (6, 1) L. 7 §. 8 D. de adqu. dom. (41, 1) §. 28 I. de rer. div. (2, 1).

jeder ſeine Körner, ſeine Schafe ſofort von dem Beſitzer vindiciren [b]). Aber auch im Fall einer körperlichen Cohärenz kann die Verbindung jener Art ſeyn; das Kennzeichen iſt, daß die Sachen ſcheidbar ſind, alſo ihr früheres ſelbſtſtändiges Daſeyn ſich unverändert wieder herſtellen läßt, z. B. wenn Metalle oder andere Flüſſigkeiten vermiſcht ſind, die ſich chemiſch wieder ſondern laſſen [c]), oder wenn ein Stein in einen fremden Ring geſetzt, ein Balken in ein fremdes Haus verbaut worden iſt, oder zwey Metallkörper durch ein davon verſchiedenes Metall verbunden worden ſind (Anlöthung, plumbatura) [d]). Auch hier iſt das Eigenthum unverloren und die Vindication zuläßig, nur daß ſie, wenn eine mit einer andern körperlich verbundene Sache vindicirt werden ſoll, durch die actio ad exhibendum auf Trennung vorbereitet werden muß, da nur eine äußerlich ſelbſtſtändige Sache vindicirt werden kann [e]).

---

b) L. 5 pr. §. 1 L. 23 §. 4 D. de R. V. (6, 1). Daß der Beklagte nicht angehalten werden kann, die einzelnen Körner zu reſtituiren, ſondern den Werth (in Geld oder einem entſprechenden Quantum des Haufens), macht in der Sache keinen Unterſchied. Nur bey Geldſtücken, die unter das Geld eines Andern gekommen ſind, ſo daß ſie ſich nicht mehr erkennen laſſen, tritt eine Modification des Grundſatzes ein, das Eigenthum derſelben geht dadurch verloren, ſie können nicht mehr vindicirt, ſondern es kann nur die Summe, die ſie darſtellen, mit einer perſönlichen Klage gegen den dazu aus irgend einem obligatoriſchen Grund Verpflichteten (ſey es jener, auf den das Eigenthum übergegangen iſt, oder ein Dritter) gefordert werden L. 78 D. de solut. (46, 3). Der Grund liegt in der Natur des Gelds. Geldſtücke ſind 1) Sachen wie andere, als ſolche ſind ſie Gegenſtände der Vindication, 2) Repräſentanten eines Werths, indem ſie eine Geldſumme darſtellen, die keinen Gegenſtand der Vindication bildet. Unter dem fremden Geld, worin ſie nicht mehr erkennbar ſind, haben ſie für ihren bisherigen Eigenthümer nur noch den zweiten Charakter.

c) L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1) L. 12 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1).

e) L. 23 §. 5 cit. L. 6 D. ad exhib. (10, 4). Nur bey dem

Da die Verbindung, von der jetzt die Rede war, eine Veränderung des Eigenthums überhaupt nicht bewirkt, ſo iſt es an ſich auch gleichgültig, ob die verbundenen Sachen im Verhältniß der Acceſſion zu einander ſtehen (wie bey dem Stein im Ring, im Haus ꝛc.) oder nicht (wie bey der Vermiſchung von Getreide, Flüſſigkeiten ꝛc.). Nur der Unterſchied iſt, daß im erſten Fall der Eigenthümer der Hauptſache dieſe ſchlechtweg (obwohl ein fremder Beſtandtheil daran ſich befindet) vindiciren kann, während der Eigenthümer der Nebenſache bloß auf dieſe klagt[f]), im zweiten Fall jeder bloß ſeinen Beſtandtheil vindicirt[g]).

Einen Eigenthumserwerb aber bewirkt die Verbindung, wenn ſie von der Beſchaffenheit iſt, daß die verbundenen Sachen unſcheidbar ſind, ſo daß das frühere getrennte Daſeyn derſelben in ſeiner damaligen Art unwiederbringlich untergegangen iſt. Dieſer Untergang muß eine Veränderung des Eigenthums in ſeinem Gefolge haben, ſie läßt ſich aber auf doppelte Art denken, entweder ſo daß die beiden Eigenthümer der vereinigten Sachen Miteigenthümer der daraus entſtandenen Einen Sache werden, oder ſo daß dieſe im ausſchließlichen Eigenthum eines von ihnen iſt, der Andere ſein Eigenthum ſchlechthin verloren hat, und wegen etwaiger Entſchädigung für dieſen Verluſt, wenn die Umſtände ſie gerecht machen, auf andere Rechtsmittel verwieſen iſt. Welche von dieſen beiden Formen der Eigenthumsveränderung eintritt, das entſcheidet ſich durch das Verhältniß, das unter den verbundenen Sachen beſteht, es hängt davon ab, ob dieſes das Acceſſionsverhältniß iſt oder nicht.

---

tignum iunctum aedibus vel vineae iſt die actio ad exhibendum, und damit auch die Vindication aus beſonderen Gründen ausgeſchloſſen, ohne daß jedoch darum das Eigenthum ſelbſt verloren iſt §. 231 Note dd.

f) L. 23 §. 5 cit. L. 26 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

g) L. 2. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1).

Wenn zwey Sachen unſcheidbar verbunden ſind, ohne daß die eine Acceſſion der andern genannt werden kann z. B. zwey Maſſen deſſelben Metalls, oder Weine ꝛc., ſo werden die bisherigen Eigenthümer derſelben Miteigenthümer des Ganzen [h]). Dieß iſt ſtets der Fall, wenn die Sachen zufällig verbunden worden ſind. Sind ſie abſichtlich von einem der Eigenthümer vereinigt worden ohne den Willen des andern (von dem Fall wenn es mit dem Willen beider geſchah, war oben die Rede, ſ. Note a), ſo iſt noch daſſelbe anzunehmen, wenn ſich mit der Vereinigung nicht die Hervorbringung einer neuen Species verband. Hat aber jemand aus ſeiner und einer fremden Sache durch ihre Verbindung eine neue, davon ihrem Weſen nach verſchiedene mit dem animus sibi habendi gemacht oder machen laſſen z. B. aus mehreren verſchiedenen Stoffen ein Arzneimittel, aus eigner und fremder Wolle Tuch, aus eignem und fremdem Holz ein Schiff ꝛc., ſo giebt dieſes Hinzukommen der Fabrication und das Entſtehen einer neuen Species jenem animus ein ſolches Gewicht, daß der Verfertiger Eigenthümer des Ganzen wird [i]). Man nennt dieſen Erwerb durch Hervorbringung einer neuen Sache (cum quis ex aliena materia *speciem* aliquam suo nomine fecerit) Specification. Er hat aber noch eine weitere Anwendung; nicht bloß wenn eigner und fremder Stoff verbunden, ſondern auch wenn rein fremder Stoff dazu verwendet worden iſt, der Verfertiger alſo von dem Seinigen nichts als ſeine Arbeit hinzugethan hat, ſoll er Eigenthümer des Fabricats werden [k]). Dieß war die Meinung der Proculianer, die Sabinianer wollten die Sache

---

h) §. 27 I. de rer. div. (2, 1) L. 3 §. 2 L. 4 D. de R. V. (6, 1). Daher pflegt man confusio als eine Eigenthumserwerbsart aufzuführen, und ihr die commixtio, als eine ſcheidbare Vermiſchung (Note c), entgegenzuſetzen.

i) L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1) L. 27 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1). *k*) Gai. II. 79. L. 7 §. 7 L. 24. 26 pr. §. 3 D. de adqu. dom. (41, 1) §. 25 I. de rer. div. (2, 1).

dem Eigenthümer des Stoffs zuwenden, ſie ſtellten den Grundſatz auf: quod ex re nostra fit, nostrum est. Der Erwerb des Specificanten nach der proculianiſchen Anſicht ſetzt aber zweierley voraus, einmal eine wirkliche Fabrikation, als ſolche kann z. B. das bloße Färben eines Stoffs, das Ausdreſchen des Getreides nicht gelten[l]), und ſodann, nach einer weiteren Entwickelung jener Anſicht, eine vollkommene Veränderung der verbrauchten Sache, die daran erkennbar iſt, daß ſie ſich nicht mehr aus dem Fabricat wiederherſtellen läßt, ſo daß alſo z. B. die Verfertigung eines Gefäßes aus fremdem Silber keine Specification mit jener Wirkung iſt. In dieſer Geſtalt iſt die proculianiſche Anſicht auch im juſtinianiſchen Recht recipirt. In der That kann erſt unter dieſen Umſtänden geſagt werden, daß die beiden vereinigten Dinge, Stoff und Arbeit, unſcheidbar ſind und ſich vollkommen durchdrungen haben, was nicht der Fall iſt, wenn das Reſultat der Arbeit ſich rein entfernen, und der reine Stoff ſich wieder darſtellen läßt. In der Zutheilung der Sache an den Specificanten könnte man eine Begünſtigung der Induſtrie finden, der juriſtiſche Grund aber iſt, daß der Stoff als untergegangen, das Fabricat als eine neue Sache betrachtet wird, die als ſolche keinem Andern gehören kann, als dem der ſie mit dem animus sibi habendi erzeugt hat[m]).

---

l) L. 7 §. 7 cit.: — qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est, detegit.

m) Von dieſem Standpunkt aus muß es gleichgültig ſeyn, ob der Specificant das fremde Eigenthum am Stoff gekannt hat oder nicht. Ein beſonderer Fall aber iſt noch, wenn er nicht bloß überhaupt wußte, daß die verarbeitete Sache eine fremde ſey, ſondern in der poſitiven Abſicht, einen rechtswidrigen Gewinn zu machen, ſie verarbeitete. Hier kehrten manche Juriſten zu der ſabinianiſchen Anſicht zurück, und geſtatteten jenem nicht, ſich auf ſeine Fabrication zu berufen, ſie behandelten den Stoff und die Form als ſcheidbar, indem ſie die letztere ganz ignoriren ließen L. 12 §. 3 D. ad exhib. (10, 4) L. 4 §. 20 D. de

Wir gehen zu dem Fall fort, daß zwey Sachen ſo verbunden werden, daß die eine Beſtandtheil der andern iſt, alſo zu dem Fall der Acceſſion. Wir ſetzen eine ſolche voraus, wodurch die Sache integrirender Beſtandtheil der Hauptſache, ihre Trennung alſo, wenigſtens ohne weſentliche Modification unmöglich wird (§. 222). Die hinzukommende Sache hat definitiv aufgehört, als eine ſelbſtſtändige zu exiſtiren, das Eigenthum daran iſt verloren, und dem Eigenthümer der Hauptſache erworben [n]). Nun kann es unter Umſtänden zweifelhaft ſeyn, welche von beiden Sachen die Hauptſache iſt, alſo die andere nach ſich zieht. Darüber entſcheidet nicht ſchlechterdings der höhere Werth, ſondern die Beſtimmung, die der Sache gegeben iſt, oder auch die natürliche Abhängigkeit der einen von der andern [o]). So zieht das Eigenthum am Tuch das an der eingewebten Verzierung nach ſich, daſſelbe hat man angenommen für das Eigenthum am Papier oder Pergament, das die darauf geſchriebenen Buchſtaben nach ſich ziehen ſoll [p]); wenn dagegen auf fremder Leinwand oder Tafel gemalt iſt, ſo iſt der Natur der Sache gemäß entſchieden, daß das Gemälde die Hauptſache iſt, wofern es nicht die Beſtimmung hat, den Gegenſtand, auf den es aufgetragen iſt z. B. die Wand, das Geräthe, zu verzieren [q]). Wenn zwey Metallkörper an einander

---

usurp. (41, 3) (beide Stellen von Paulus, der anderwärts die proculianiſche Anſicht vorträgt) L. 52 §. 14 D. de furt. (47, 2).

n) L. 26 §. 2 D. de adqu. dom.: Arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.

o) Vgl. L. 19 §. 13. 15. 20 L. 29 §. 1 D. de auro argento (34, 2). Dieſes Princip gilt für die Acceſſionsqualität überhaupt, nicht bloß für jene die Wiederherſtellung der Selbſtſtändigkeit ausſchließende.

p) §. 26. 33 I. de rer. div. (2, 1).

q) Gai. II. 78. L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1) §. 34 I. de rer. div. (2, 1) L. 39 §. 1 D. de H. P. (5, 1). Gaius ſagt, der Un-

geſchweißt ſind (ferruminatio), ſo kann auch hier die Natur der Sache den einen zur Acceſſion des andern machen, wie wenn es ſich von dem Glied einer Statue handelt[r]), außerdem wird hier das der beiden Stücke als Acceſſion betrachtet, welches den geringeren Umfang und Werth hat[s]). Bey einem Schiff wird der Kiel als der Theil betrachtet, zu dem die übrigen als Acceſſionen ſich verhalten[t]). Am unzweifelhafteſten iſt die Entſcheidung bey der Verbindung einer Sache mit dem Grund und Boden, hier iſt ſtets das solum das principale, iſt die Verbindung alſo eine vollkommene, ſo daß die Acceſſion eine res soli wird, ſo wird die Sache von dem Eigenthum an dem Grundſtück ergriffen. Dieß iſt der Fall bey dem Bauen (superficies solo cedit, omne quod inaedificatur, solo cedit), nur vorausgeſetzt, daß das Gebäude nicht ſeiner Beſtimmung nach ein bewegliches iſt (Zelt, Bude, Hürde u. dgl.); wer und in welcher Abſicht er das unbewegliche Gebäude errichtet hat, iſt gleichgültig[u]). Daſſelbe gilt von Samen und Pflan-

---

terſchied, der hier zwiſchen Schreiben und Malen gemacht werde, habe keinen haltbaren inneren Grund für ſich. Gegen dieſe Behauptung würde ſich wenig einwenden laſſen, wenn er davon den Gebrauch machte, für das Schreiben dieſelbe Entſcheidung wie für das Malen zu empfehlen. Dem iſt aber nicht ſo; vielmehr billigt er es vollkommen, daß die Schrift als die Nebenſache behandelt wird, und wünſcht, bey dem Gemälde möchte es eben ſo gehalten werden. Entſchieden iſt dieſer letzteren Meinung Paulus L. 23 §. 3 D. de R. V. (6, 1), der die Acceſſionsqualität ſchlechtweg auf den Umſtand ſtellt, welche Sache ohne die andere nicht beſtehen kann, und darum beim Schreiben und Malen den Träger der Schrift und des Gemäldes als die Hauptſache behandelt.

r) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1).

s) L. 27 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1).

t) L. 61 D. de R. V. (6, 1).

u) Gai. II. 73 L. 7 §. 10—12 D. de adqu. dom. (41, 1) §. 29. 30 I. de rer. div. (2, 1). Dieſer nothwendige Erwerb durch Acceſſion trifft aber nur das Gebäude als Ganzes, denn nur als ſolches iſt es res soli; ſollen die Materialien, aus denen es beſteht, auch als einzelne

zen, ſo wie ſie Wurzeln geſchlagen haben, und dadurch res soli geworden ſind[v]). In allen dieſen Fällen liegt der Grund des Erwerbs nicht in der Thätigkeit, durch welche dieſe Erfolge vermittelt worden ſind, ſondern in der nothwendigen Abſorption des Eigenthums der integrirenden Acceſſion durch das Eigenthum der Hauptſache, daher könnte die Acceſſion auch durch einen reinen Zufall geſchehen ſeyn, und es würde doch dieſelbe Folge eintreten. Dieß iſt der Fall, wenn durch eine Strömung Bäume und Raſen von einem Grundſtück abgeriſſen, und an ein anderes hingeführt werden, ſobald ſie mit dieſem verwachſen ſind[w]). — Es fragt ſich noch, ob und wie der durch ſolche Acceſſionsfälle verlierende Eigenthümer von dem Gewinnenden eine Entſchädigung fordern kann. Iſt er im Beſitz der Sache, ſo hat er eine exceptio doli gegen die Vindication des Letzteren, wenn ihn dieſer nicht entſchädigt, und zwar ſchlechthin, wenn die Vereinigung durch die Thätigkeit deſſelben vermittelt worden iſt, hat ſie aber ihren Grund in der eignen Thätigkeit des Verlierenden, nach den Grundſätzen von den Verwendungen (§. 232). Iſt er nicht im Beſitz, und die Verbindung iſt durch den Eigenthümer der Haupt-

in das Eigenthum des Grundeigenthümers kommen (alſo ihre Vindication nach Zerſtörung des Gebäudes ausgeſchloſſen ſeyn), ſo muß noch ein anderer Erwerbsgrund hinzutreten. Ein ſolcher iſt der Erſatz ihres Werths an den, der ſie auf unſerem Boden verbaut hat, ferner daß er ſie mit dem animus donandi verbaut hat L. 2 C. de R. V. (3, 32); nach den vorhin allegirten Stellen ſoll daſſelbe auch angenommen werden, wenn der Bauende überhaupt gewußt hat, daß der Boden ein fremder ſey, eine Behauptung, die jedenfalls zu weit iſt.

v) Gai. II. 74. 75 §. 31. 32 I. de rer. div. (2, 1) L. 7 §. 13 L. 9 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Daraus folgt nicht, daß die Wurzeln für ſich das Eigenthum beſtimmten, ſo daß der Nachbar Eigenthümer oder Miteigenthümer des Baums würde, weil deſſen Wurzeln in ſein Grundſtück hinüberreichen L. 6 §. 2 D. arborum furtim caes. (47, 7).

w) L. 7 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 9 §. 2 D. de damno inf. (39, 2).

ſache, oder auch von ihm ſelbſt, aber bona fide, geſchehen, ſo wird ihm eine in factum actio gegeben, wobey der beklagte Eigenthümer, ſofern er in bona fide iſt, die Wahl hat, ob er jenen entſchädigen, oder ihm umgekehrt die ganze Sache gegen Erſatz ſeines Eigenthums abtreten will[x]).

Einen beſonderen Fall des Erwerbs durch Acceſſion bildet die Erweiterung, die ein Grundſtück dadurch erhalten kann, daß es an einem öffentlichen Fluß liegt. Die gewöhnlichſte Art der Vergrößerung iſt die, daß der Fluß allmählich und unmerklich Land anſetzt, alſo gegen das Grundſtück zurücktritt, während er an einem andern Ort Land abſpült, alſo ſein Bette erweitert. Jener Anſatz heißt alluvio[y]). Dieſe Vergrößerung fällt aber weg bey agri limitati[z]). Der Grund iſt, weil hier den Centurien (§. 223 a. E.) ein beſtimmtes Maß gegeben iſt, welches die Vergrößerung der darin begriffenen Grundſtücke in ihrer Geſammtheit ausſchließt. Was nun aber die Erweiterung der einzelnen anlangt, die allerdings nicht auf ein feſtes Maß geſetzt ſind, ſo iſt entweder dem Fluß der durch eine Centurie hindurchgeht, und die daran liegenden Güter begränzt, ein beſtimmter Raum zugemeſſen, und es kann daher dem Fluß nichts abgewonnen werden, oder es iſt dieß nicht geſchehen, dann ſchien es unſtatthaft, dem einen Grundſtück

---

x) S. unter den übrigen bisher angeführten Stellen Gai. II. 76—78. L. 23 §. 4. 5 D. de R. V. (6, 1). Die Klage findet gegen den Eigenthümer, nicht bloß gegen den, der es zur Zeit der Acceſſion war, Statt, daher wird ſie in einigen Stellen als utilis in rem actio beſtimmt L. 5 §. 3 D. eod. L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41. 1). — Außerdem iſt es möglich, daß dem Benachtheiligten jemand (ſey es der gewinnende Eigenthümer oder ein Anderer) durch einen beſondern obligatoriſchen Grund z. B. durch Entwendung der nachher zur Acceſſion gewordenen Sache, verpflichtet iſt.

y) Gai. II. 70 L. 7 §. 1 L. 12 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

z) L. 16 D. eod. Sic. Flacc. de cond. agr. p. 13 Goes. Aggen. in Frontin. p. 56 sq. 69 sqq. Goes. Auctor de controv. agror. Blum. Rhein. Muſ. VII S. 156 ff.

einen Vortheil zu geſtatten, den es auf Koſten eines andern zieht (von dem der Fluß ſo viel abnehmen wird, als er dem andern anſetzt), weil die Limitation, indem ſie dem Complex der Grundſtücke ein beſtimmtes Maß vorſchreibt und ſo die einzelnen beengt, gewiſſermaßen die Pflicht hat, ſie gegen Verringerungen durch den Fluß zu ſchützen. In nichtlimitirtem Land fallen dieſe Rückſichten weg, und es tritt daher jener naturgemäße Erwerb durch Alluvion ein; hier mag jeder Eigenthümer einem Verluſt dadurch zuvorzukommen ſuchen, daß er für die Befeſtigung des Ufers Sorge trägt, worin ihn der Prätor durch ein Interdict ſchützt[aa]). Die Alluvion läßt ſich als eine theilweiſe Entblößung des Flußbettes auffaſſen, welches als Träger eines öffentlichen Fluſſes res publica und den angränzenden Grundſtücken, deren Fortſetzung es bildet, entzogen iſt, aber auch nur ſo lange als es Flußbette bleibt[bb]). Ein zweiter Fall ſolcher theilweiſer Entblößung des Flußbettes iſt die Entſtehung einer Inſel im Fluß. Wenn eine Linie gedacht wird, die das Flußbette der Länge nach in zwey gleiche Hälften theilt, ſo fällt was von der Inſel dieſſeits dieſer Linie liegt, an die Grundſtücke des dieſſeitigen Ufers, je nach ihrer Länge am Fluß hin, und eben ſo jenſeits[cc]). Ganz ſo iſt es bey der gänzlichen Entblößung des Flußbettes (alveus derelictus), wenn der Fluß verſiegt oder ſeinen Lauf ändert[dd]). Aber auch dieſe Acceſſionen ſind bey agri limitati ausgeſchloſſen, hier werden insula und alveus derelictus, ſofern der Boden res publica nur um des Fluſſes willen war, herrenlos[ee]).

---

aa) Dig. XLIII. 15: de ripa munienda.

bb) Daher kann von dieſen Erwerbungen bey Privatgewäſſern nicht die Rede ſeyn, deren Boden im Privateigenthum iſt, und ſeine Eigenſchaft nicht ändert, mag das Waſſer darüber gehen oder nicht.

cc) L. 7 §. 3 L. 29. 56 pr. D. de adqu. dom. (41, 1) §. 22 I. de rer. div. (2, 1).

dd) L. 7 §. 5 L. 30 §. 1 D. de adq. dom. §. 23. 24 I. de rer. div.

ee) L. 1 §. 6. 7 D. de fluminib. (43, 12).

Bis jetzt war von Acceſſionen die Rede, welche rein von Außen an eine Sache kommen, und die dadurch ihren Eigenthümer verändern, daß ſie ihre frühere Selbſtſtändigkeit unwiderruflich verlieren. Nun kann aber eine Sache einen Zuwachs noch von innen heraus erhalten, durch ein Erzeugniß, das ſie aus ſich, wenn gleich nicht ohne Einwirkung von Außen, hervorbringt, das Thier Junge, die Erde Mineralien und Pflanzen, die Pflanzen ſelbſt wieder Blüthen und Früchte. Dieſe Erzeugniſſe ſind in ihrem Werden und Reifen integrirende Theile der Sache, ohne Selbſtſtändigkeit, von dem Eigenthum an der Sache nothwendig an ſich gezogen [ff]), ohne Rückſicht auf das bey der Erzeugung mitwirkende Element [gg]). Aber ſie haben nicht die Beſtimmung, in dieſer Unſelbſtſtändigkeit für immer zu verharren, es tritt eine Zeit ein, wo jene Verbindung aufgehoben wird, wo ſie ſeparirt werden. Dieſe Ablöſung verändert das Eigenthum an ſich ſo wenig, als die Trennung eines andern Theils von der Sache, daher iſt Eigenthümer des Erzeugniſſes der, welcher im Augenblick der Separation Eigenthümer der erzeugenden Sache war [hh]).

Unter dieſen Erzeugniſſen wird eine beſondere Claſſe ausgeſchieden, darum nämlich, weil in Beziehung auf ſie das Recht des Eigenthümers beſchränkt und durch das Recht anderer Perſonen außer Wirkung geſetzt ſeyn kann; dieſe Claſſe bilden die Früchte. Fructus iſt der Gewinn, den die Sache dem Beſitzer abwirft; nicht alle Erzeugniſſe haben dieſen Charakter, ſo allerdings das Holz, das aus einem dieſer Nutzung beſtimmten Wald geſchlagen wird, aber nicht die Bäume, die

---

ff) L. 44 D. de R. V. (6, 1) L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2) L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4).

gg) — in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur adspicitur L. 25 §. 1 D. de usur. et fructib. (22, 1) L. 5 §. 2 D. de R. V. (6, 1).

hh) §. 19 I. de rer. div. (2, 1).

der Sturm umgeriſſen hat[ii]), ferner die Jungen der Thiere, aber nicht die Kinder der Sclavin[kk]). Die Eigenſchaft der Frucht hat nun auf den Erwerb des Eigenthums an dem Erzeugniß Einfluß. Bey den Erzeugniſſen, die nicht Früchte ſind, gilt uneingeſchränkt jener Grundſatz, daß durch die Separation der Eigenthümer der erzeugenden Sache das Eigenthum daran erwirbt; ebenſo bey den Früchten, wenn kein Anderer zu dieſen berechtigt iſt; nicht weniger, wenn ein Anderer zu dem Fruchterwerb berechtigt iſt, aber ohne juriſtiſcher Beſitzer der Sache zu ſeyn, z. B. als Uſufructuar, als Pächter, ein ſolcher erwirbt das Eigenthum der Früchte erſt durch die Perception[ll]), es geht von dem Eigenthümer der Sache auf ihn über (§. 241 Note n), ſchließt alſo den vorangehenden Erwerb des

---

ii) L. 7 §. 12 D. sol. matrim. (24, 3).

kk) L. 10 §. 2. 3 D. de iure dot. (23, 3) Ulpian. L. 27 pr. de H. P. (5, 3): — quia non temere ancillae eius causa comparantur, ut pariant. Mehr wie eine bloße Phraſe erſcheint der Grund, den Gaius angiebt L. 28 §. 1 D. de usur. (22, 1): — absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit, eine Reminiſcenz aus den Büchern der Stoiker (Cic. off. I. 7), gegen welche eine andere Aeußerung Ulpian's L. 68 D. de usufr. (7, 1): — neque enim in fructu hominis homo esse potest — den Vorzug hat, wenigſtens den Grund des Grundes, d. h. das ſittliche Gefühl anzudeuten, das ſelbſt eine ſclavenhaltende Nation abhalten muß, Menſchen die Beſtimmung von Zuchtvieh zu geben. Uebrigens beſtand unter den älteren römiſchen Juriſten eine (wahrſcheinlich auf der Sprache fußende) Controverſe, ob überhaupt Geburten, alſo auch von Thieren, als fructus gelten könnten, und manche behaupteten, daß wenn man den Ausdruck auf die fetus pecorum anwende, er auch auf den partus ancillae erſtreckt werden müſſe Cic. de finib. I. 4. L. 68 cit.

ll) Das Wort perceptio bedeutet häufig gar keinen beſondern Act, ſondern das Gewinnen, Beziehen der Früchte überhaupt, wo es aber gebraucht wird, um den Zeitpunkt des Erwerbs zu beſtimmen, wird der erſte Moment der factiſchen Beziehung: die Beſitzergreifung, darunter verſtanden, ſ. z. B. L. 13 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

Eigenthümers nicht aus, der ſogar als geſchehen zu denken iſt, wenn Separation und Perception zuſammenfallen ſollten. Anders iſt es bey dem Beſitzer des ager vectigalis oder dem Emphyteuta, dieſer erwirbt das Eigenthum der Früchte des Grundſtücks im Augenblick der Separation, wie ſonſt der Eigenthümer, ſchließt alſo deſſen Erwerb aus, und daſſelbe gilt von dem bonae fidei possessor, von dem daher geſagt wird: in fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est[mm]).

Dieſer Fruchterwerb des bonae fidei possessor muß noch näher beſtimmt werden[nn]). Wer iſt es vor allem, dem dieſer Erwerb beigemeſſen wird? Nicht geradehin der Uſucapionsbeſitzer, denn es kann jemand dieſes ſeyn, und doch jenen Erwerb nicht haben, wenn er nämlich ſeine bona fides nachher verloren hat, und umgekehrt kann er nicht Uſucapionsbeſitzer ſeyn, und doch jenen Erwerb machen, wenn nämlich die Sache uſucapionsunfähig (z. B. furtiva oder vi possessa) iſt[oo]), ſondern der Beſitzer, welcher auf einen iustus titulus geſtützt die Sache fortwährend für die ſeinige hält[pp]). Was ſodann

---

mm) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1).

nn) Es giebt darüber zwey Anſichten. Durch die Separation ſoll er 1) nach der älteren Anſicht das Eigenthum erwerben, dieſe iſt in der neueren Zeit ausgeführt worden von Unterholzner, Archiv für civ. Pr. VIII. 13, Backe b. f. poss. quemadm. fructus suos faciat 1825; 2) nach einer neueren nur den Uſucapionsbeſitz, dieſe hat aufgeſtellt, ohne ſie bisher im Einzelnen ausgeführt zu haben Savigny Recht des Beſ. §. 22 a. Die erſte iſt, wie mir ſcheint, die richtige, was aber nicht durchgängig von ihrer Ausführung im Einzelnen geſagt werden kann, worin jene Schriftſteller unter ſich und mit Andern uneinig ſind.

oo) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 48 §. 6 D. de furt. (47, 2).

pp) Savigny deducirt ſeine Anſicht ſo (Note nn): Separation der Frucht iſt Theilung der Sache, an dem Theil (hier der Frucht) ſetzt ſich das Recht der Hauptſache fort, beim Eigenthümer das Eigenthum, beim bonae fidei possessor der Uſucapionsbeſitz, Eigenthümer wird er erſt durch die Vollendung der Uſucapion. Man ſieht, dieß ſetzt voraus, daß der Grund des Erwerbs der Uſucapionsbeſitz ſey. Dem iſt aber

den Zeitpunkt des Erwerbs anlangt, ſo ſind bey Früchten vier Momente zu unterſcheiden: 1) die Zeit vor der Trennung (fructus pendentes), 2) die Separation, 3) die Perception (Beſitzergreifung), 4) die Conſumtion d. h. der natürliche oder juriſtiſche Verbrauch (Verzehrung und Veräußerung) derſelben (fructus consumti den extantes entgegengeſetzt). Das erſte und dritte Moment kommt hier nicht in Betracht; das vierte hat die Wirkung, daß die bona fide conſumirten Früchte aufhören, Acceſſionen der Eigenthumsklage auf die Sache zu ſeyn, daß der Beſitzer alſo, wenn er die Sache reſtituiren muß, ſie nicht zu erſetzen braucht, ſondern ſie lucrirt (§. 232), es bezieht ſich mithin zwar auf den Erwerb der Früchte im öconomiſchen Sinn, nämlich auf den Gewinn, den es in der That erſt gewährt, aber nicht auf den juriſtiſchen Begriff des Eigenthumserwerbs, von dem hier die Rede iſt[qq]). Das Moment, um das es hier allein ſich handelt, iſt ſonach die Separation. Von dieſer nun ſagen die römiſchen Juriſten mit größter Beſtimmtheit, daß ſie bey den Erzeugniſſen, die nicht in fructu ſind, z. B. dem partus ancillae, den b. f. possessor zum Uſucapionsbeſitzer mache, wenn nicht ein beſonderes Uſucapionshinderniß entgegenſtehe (z. B. die geſtohlne Sclavin, die bey dem bonae fidei emtor geboren hat, hätte ſchon vor dem Diebſtahl oder wenigſtens beim Dieb empfangen gehabt), bey den Früchten hingegen mache ſie ihn zum Ei-

---

nicht ſo, und damit fällt, wenn ich nicht irre, die ganze Deduction. Aus ſeiner Anſicht würde nämlich folgen, daß jeder Uſucapionsbeſitzer den Erwerb mache, jeder der es nicht iſt, davon ausgeſchloſſen ſey. Nichts aber iſt gewiſſer, als daß beides ſich anders verhält.

qq) Beides iſt wohl zu unterſcheiden; wer z. B. Erbſchaftsgeld pro herede beſitzt und damit eine Sache ankauft, wird ohne Zweifel Eigenthümer derſelben, aber er lucrirt ſie nicht, da er mit der Erbſchaftsklage auf ihre Herausgabe belangt werden kann. Fällt nachher dieſe Klage gegen ihn weg, ſo hat er nun die Sache gewonnen, aber man kann nicht ſagen, daß er jetzt erſt Eigenthümer derſelben geworden iſt.

genthümer, und zwar nicht bloß bey den Früchten, die er durch ſeine Thätigkeit hervorgebracht (ſ. g. fructus industriales), ſondern bey allen[rr]). Die Folge dieſes Eigenthumserwerbs iſt, daß der Eigenthümer der Sache die Früchte nicht vindiciren kann; dieß ſchließt nicht aus, daß mit der Vindication der Sache ſelbſt dieſe Früchte als causa rei mitgefordert werden können (§. 232), und inſofern iſt der Eigenthumserwerb des Beſitzers etwas nominelles[ss]), aber er erhält Realität für ihn ſowie die Eigenthumsklage auf die Sache gegen ihn wegfällt, ſo wenn er die Sache uſucapirt, oder wenn er ſie veräußert hat, in welchem Fall alſo die bey ihm zurückgebliebenen Früchte nicht vindicirt werden können, eben weil nicht der Eigenthümer der Sache, ſondern er Eigenthümer derſelben geworden iſt, und darin eben liegt das praktiſche Intereſſe dieſes Erwerbs[tt]). Zugleich aber auch die Rechtfertigung des

---

rr) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 1 §. 2 D. de pignor. (20, 1) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1) L. 48 §. 5. 6 D. de furt. (47, 2) L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sunt. Quod verum est. Die Erwähnung der Conſumtion bey den Lämmern gründet ſich darauf, daß die Lämmer einer Heerde (welchen gewöhnlichen Fall der Juriſt vorausſetzt) Früchte dieſer ſind, alſo als ſeparirt erſt bey der Ausſcheidung aus der Heerde betrachtet werden können, und dieſe Ausſcheidung pflegt durch Veräußerung oder Verzehrung zu geſchehen. Der Juriſt knüpft daher hier die Erwerbung nicht an ein anderes Moment, als die Separation, er beſtimmt dieſe nur anders, als bey anderen Thieren.

ss) In L. 48 pr. D. de adqu. dom. wird dieß durch den Ausdruck angedeutet: fructus — suos *interim* facit —.

tt) Bey fructus industriales kann dieſe Realität auch ſchon gegenüber der rei vindicatio auf die Sache eintreten, indem der Beſitzer ſo viel als die darauf verwendeten Koſten betragen, davon zurückbehalten kann, davon ſpricht L. 45 D. de usur. (22, 1), wo das fructus suos facere (bey einer Schenkung unter Ehegatten) von dem Lucriren der Früchte zu verſtehen iſt.

Rechtsſatzes ſelbſt; er beruht auf ähnlichen Motiven wie der Erwerb des b. f. possessor ex operis servi, mit dem jener ausdrücklich verglichen wird[uu]). Einen ſolchen Beſitzer, wenn er der Vindication der Sache ſelbſt überhoben iſt, erſt noch wegen der davon gezogenen Früchte beſonderen Vindicationen auszuſetzen, und wenn ihn z. B. die heute abgelaufene Uſucapionszeit über ſein Eigenthum ſicher ſtellt, wegen der geſtern gemachten Ernte ſeine Sicherheit von dem Eigenthum ſeines Auctors abhängig zu machen, auch dieſen alſo, nachdem er von der Haftung für die Eviction der Sache durch die Uſucapion befreit iſt, noch immer für die Früchte haften zu laſſen, für ſolche ſogar, die erſt bey dem Käufer entſtanden ſind, und daher nicht als mitverkauft angeſehen werden können[vv]), und das bey Früchten, dem ordentlichen Gewinn, für den die Sache beſtimmt iſt, den der Beſitzer factiſch bezieht, und ein rechtmäßiger Beſitzer nicht widerrechtlicher Weiſe, — alles dieſes konnte unmöglich als die rechte und der Natur der Sache gemäße Geſtaltung des Rechtsverhältniſſes erſcheinen, ohne daß man ſich mit den Inſtitutionen Juſtinian's auf den vagen, halben, nicht erſchöpfenden Billigkeitsgrund, dem Beſitzer ſey der Fruchterwerb pro cultura et cura vergönnt[ww]), zu berufen braucht.

Beſchränkung des Eigenthums durch Jura in re.

CCXLIII. Das Eigenthum hat eine gewiſſe Stabilität und Dauer in ſeinem Charakter, in ſeiner juriſtiſchen Natur liegt nichts, was eine Veränderung in ihm veranlaßt, was zu einem Verluſt, zu einer Veräußerung hinführt. Die Veranlaſſung zu ſeinem Untergang und ſeiner Alienation liegt nur außer ihm, ſey es in einer ihm willkührlich gegebenen Be-

---

uu) L. 25 §. 1. 2 D. de usur. (22, 1).

vv) Vgl. L. 8. 42. 43 D. de evict. (21, 2) L. 82 §. 4 D. de leg. I (30). *ww*) §. 35 I. de rer. div. (2, 1).

ſtimmung, z. B. von dem Handels- oder Gewerbsmann, die ſich das Eigenthum an Sachen verſchaffen, um es durch Tauſch oder Fabrication in anderes umzuſetzen, oder in dem Bedürfniß des Eigenthümers, das ihn Eigenthum aufzugeben nöthigt, um ſich anderes, ihm jetzt unentbehrlicheres zu verſchaffen, endlich in dem Bedürfniß Anderer, welches den Eigenthümer irgend wie (durch eigennützige oder uneigennützige Motive) zu beſtimmen vermag, ihnen ſein Eigenthum abzutreten. Wir faſſen die letzten Fälle ins Auge, wo ein Bedürfniß des Eigenthümers oder eines Andern zur Veräußerung führt. Hier kann es ſeyn, daß der Zweck ſchon durch eine partielle Veräußerung, nämlich durch Abtrennung eines Beſtandtheils des Eigenthums und Uebertragung auf einen Andern, erreicht werden würde, eine Veräußerung, die ſich als Beſchränkung des Eigenthums darſtellt, indem ſie eine Herausnahme von Befugniſſen, die im Eigenthum liegen (und wäre es auch nur die Befugniß, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuſchließen), in ſich trägt. Die Möglichkeit einer ſolchen Beſchränkung hat für das Eigenthum eine erhaltende Kraft, inſofern ſie die Stelle einer totalen Veräußerung vertritt, alſo die Fälle, wo der Eigenthümer zu der letzteren ſich beſtimmt findet, vermindert.

So wenn wir uns denken, daß der Eigenthümer Geld bedarf, welches er ſich durch Verkauf einer Sache verſchaffen könnte, wird ihm jene Möglichkeit das Mittel geben, für ein Darlehen Credit zu finden, indem er dafür ſeine Sache verpfändet, und dadurch dem Gläubiger das Recht einräumt, künftig im Fall der Nichtbefriedigung die Sache zu verkaufen. Dadurch entgeht der Eigenthümer für jetzt wenigſtens der Nothwendigkeit, um jenes vielleicht nur vorübergehenden Bedürfniſſes willen ſeine Sache zu verlieren, obgleich ihm freilich dieſer Verluſt bevorſteht, wenn es ihm nicht möglich ſeyn ſollte, ſeine Schuld zu rechter Zeit abzutragen. Ferner iſt einem Andern, der außerdem das Eigenthum der Sache oder eines

Theils derſelben ſich zu verſchaffen ſuchen würde, vielleicht ſchon damit gedient, wenn ihm der Eigenthümer ein gewiſſes Nutzungsrecht überträgt und dadurch ſein Eigenthum beſchränkt, indem es übrigens neben jenem Recht fortdauert, ein Nutzungsrecht entweder zu Gunſten eines Grundſtücks, deſſen Benutzung durch dieſen Gebrauch der fremden Sache z. B. durch einen Weg, eine Waſſerleitung, erleichtert und erhöht werden ſoll, oder zu Gunſten einer Perſon, deren Bedürfniſſe durch die Benutzung der fremden Sache befriedigt werden. So wird alſo auch durch die Zuläßigkeit ſolcher Servituten vielleicht einer Veränderung des Eigenthums vorgebeugt (vgl. Bd. I §. 23 S. 56). Endlich ſchließen ſich noch die Rechte an, die wir unter dem Namen der Superficies und des Rechts am Ager vectigalis oder der Emphyteuſis kennen lernen werden, und deren Bildung theils ein Bedürfniß Anderer, theils des Eigenthümers, verbunden mit dem Verlangen des letzteren, ſein Eigenthum ſich zu erhalten, veranlaßt hat: ein Bedürfniß Anderer, denen es um eine feſte Wohnung oder den ſicheren und unveränderlichen Betrieb des Landbau's zu thun iſt, ohne daß ihre Abſicht gerade auf das Eigenthum an dem Grundſtück geht, ein Bedürfniß des Eigenthümers, dem namentlich im letzteren Fall daran liegen kann, einen erblichen, und darum bey dem dauernden Culturſtand des Guts mehr als ein zeitlicher intereſſirten Pächter zu haben.

Die Befugniſſe, von denen jetzt die Rede war, laſſen ſich als Inhalt einer Forderung gegen den Eigenthümer denken; hier würden ſie keine Beſchränkungen des Eigenthums ſelbſt ſeyn, da ſie nur gegen die Perſon des Eigenthümers gerichtet wären. Aber ſie würden zugleich dem Bedürfniß nicht entſprechen, da ſie für den Berechtigten nicht den Grad von Sicherheit hätten, den er beabſichtigt; er würde ſie nur gegen die ihm verpflichtete Perſon, nicht gegen einen Andern, der in das Eigenthum, ohne die Verbindlichkeit zu übernehmen, einträte, geltend machen können. Dem Bedürfniß entſprechen ſie

nur dann vollſtändig, wenn ſie Beſchränkungen des Eigenthums ſelbſt ſind, und dieß iſt der Fall, wenn ſie zum Inhalt eines Rechts an der Sache (eines dinglichen Rechts) gemacht werden. Hier iſt dem Berechtigten die Sache, die ihm jenen Vortheil gewähren ſoll, unmittelbar unterworfen, die Ausübung und Realiſirung ſeines Rechts iſt von der Perſon des Eigenthümers unabhängig, wer auch künftig Eigenthümer, und wie er es geworden ſeyn möge, er hat das Eigenthum mit dieſer Beſchränkung (ſofern nicht ein Endigungsgrund für jenes Recht eingetreten iſt) überkommen, der Berechtigte kann ſein Recht gegen ihn wie gegen jeden, der ſeine Ausübung hindert oder ſtört, geltend machen[a]).

So treten neben das Eigenthum noch andere Rechte an Sachen. Dieſe übrigen dinglichen Rechte außer dem Eigenthum, der totalen Macht über eine Sache, laſſen ſich nicht anders denken, denn als partielle Unterwerfung derſelben, und da das Eigenthum an ſich, um ſeiner Totalität willen, jede Befugniß, die ſich über eine Sache denken läßt, in ſich trägt, als gebildet aus Elementen des Eigenthums, die, ſo lange jene Rechte beſtehen, von dem Eigenthum abgeſondert und gegen daſſelbe ſelbſtſtändig geworden ſind[b]). Darum eben ſind

---

a) L. 2 C. si unus ex plur. hered. (8, 32): — cum eius (pignoris) vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur —. L. 3 C. de servit. (3, 34): — si ea praecesserint, quae servitutes constituunt — quare non ignoratis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse.

b) Man muß ſich vor dem Mißverſtändniß hüten, als enthalte dieſe „Abſonderung" nothwendig in ſich, daß dem Eigenthümer die Handlung oder der Gebrauch der Sache, wozu ein ſolches Recht befugt macht, ſchlechterdings verſagt ſey; dieß liegt nicht in jenem Begriff. Es iſt denn auch nur ſo weit der Fall, als die Theilnahme des Eigenthümers den Umfang des Rechts beeinträchtigen würde. Enthält z. B. das Recht den vollen Fruchtbezug, ſo kann der Eigenthümer allerdings keine Früchte von der Sache ziehen, dagegen verhindert das

jene Rechte Beſchränkungen des Eigenthums, Beſchränkungen des Eigenthümers als Eigenthümers dieſer Sache, ſey es daß er etwas dulden muß, was er als Eigenthümer außerdem verhindern könnte, oder daß er etwas nicht thun darf, was er als Eigenthümer ſonſt zu thun berechtigt wäre. Daraus folgt nun aber, oder es iſt damit eigentlich ſelbſt ſchon geſagt, daß dieſe Rechte nur an einer fremden Sache möglich ſind. Dieß liegt in ihrem Charakter als Beſchränkungen des Eigenthums, aber auch darin, daß ſie aus Eigenthumselementen beſtehen, die ſofern ſie dem Eigenthümer zukommen, ungeſonderte Beſtandtheile ſeines Eigenthums ſind, beſondere Rechte alſo nur bilden können, wenn ein Anderer als der Eigenthümer ihr Subject iſt. Man nennt daher dieſe Rechte iura in re (sc. aliena), ein Ausdruck, den wir als einen techniſchen brauchen, während die Römer dafür des allgemeinen Worts iura, und der näheren Beſtimmung: ius in ea re (ius in corpore) mehr beſchreibend, denn als eines feſten Namens ſich bedienen[c]). Vier ſolche iura in re kommen im römiſchen Recht vor: Servitut, Superficies, Emphyteuſis (Recht am ager vectigalis), Pfandrecht. Sie bilden alſo mit dem Eigenthum fünf Arten der Rechte an Sachen, oder dinglichen Rechte[d]).

Recht zu gehen den Eigenthümer nicht, auch über ſein Grundſtück zu gehen, nur natürlich salvo iure itineris des Andern; ferner das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ſchließt nicht den Verkauf der Sache durch den Eigenthümer aus, nur geſchieht er nicht anders als salvo iure pignoris.

c) L. 2 D. de usufr. (7, 1) L. 30 D. de nox. act. (9, 4) L. 71 §. 5 D. de leg. I (30) L. 13 §. 1 L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2). — Manche unſerer Juriſten brauchen das Wort iura in re für alle Rechte an Sachen, alſo für Eigenthum und iura in re aliena; zweckmäßiger, und in der That auch dem Ausdruck angemeſſener wird es auf die letzteren eingeſchränkt, alſo ſtets dabey das Wort aliena hinzugedacht. Falſch iſt der Ausdruck iura in *rem* für die Rechte an Sachen gebildet.

d) Für den Ausdruck: Dingliche Rechte giebt es eine doppelte Bedeutung, in der man ihn brauchen kann. Erſtens für alle Rechte, die

Ich habe die Jura in re gegenüber dem Eigenthum als partielle Unterwerfung der Sache beſtimmt. Auch der Eigenthümer kann ſeiner Sache eine bloß partielle Beſtimmung geben, die keineswegs die volle Kraft der Sache erſchöpft, aber ſeine Macht iſt doch eine totale, hier aber geht die Macht des Berechtigten nicht über eine gewiſſe Anwendung der Sache hinaus, auf die ſie ſich beſchränkt. Bey den meiſten iſt es die Benutzung, und dieſe wieder mehr oder weniger eingeſchränkt, welche den Inhalt des Rechts ausmacht, ſo bey der Servitut, der Superficies, der Emphyteuſis, mit dem Unterſchied, daß bey der erſten die Benutzung auf ein beſtimmtes Subject bezogen iſt (eine Perſon oder ein Grundſtück) über das ſie nicht hinausgeht, bey den letzteren dagegen dieſe Beſchränkung wegfällt (daher ſie veräußerliche und vererbliche Rechte ſind). Eines von jenen Rechten, das Pfandrecht, hat einen ganz andern Inhalt, es ſoll einen Gläubiger ſichern, indem es ihm die Befugniß giebt, die Sache zu verkaufen und ſich aus dem Kaufpreis zu befriedigen; dieſe Anwendung der Sache, alſo

---

nicht in einer Forderung gegen eine beſtimmte verpflichtete Perſon beſtehen, und aus denen daher keine bloße in personam actio entſpringt, alſo für alle Rechte außer den Obligationen; hier will man mit jenem Ausdruck nur dieß anzeigen, daß aus dem Recht eine in rem actio (dingliche Klage) entſpringt, bey welcher der Beklagte nicht ſchon von dem Daſeyn des Rechts an beſtimmt iſt (§. 165 a. A.). Zweitens für die Rechte an Sachen, wie dieß oben geſchehen iſt. Eine dieſer Bedeutungen muß man wählen, und die Wahl kann eigentlich nicht ſchwer ſeyn, da kein Bedürfniß vorhanden iſt, für die Zuſammenfaſſung aller der verſchiedenen Rechte außer den Obligationen einen techniſchen Ausdruck zu haben, und dieſer überdieß von der Beſchaffenheit iſt, daß er Nebenvorſtellungen erweckt, die bey manchen jener Rechte (z. B. dem ehlichen Recht, dem Recht der Perſönlichkeit) deren Charakter widerſtreben. Das Unzuläßigſte aber iſt ein Hin= und Herſchwanken zwiſchen beiden Ausdrücken, welches Viele unſerer Juriſten verleitet hat, die Zahl der Rechte an Sachen zu vermehren, und z. B. auch das Erbrecht als ein Recht an einer Sache zu beſtimmen, eine der größten Verkehrtheiten, deren Vertheidigung ſchlimmer iſt als ihre Erfindung.

ihr Verkaufswerth iſt es, worüber der Berechtigte Macht erhält.

Es iſt oben bemerkt worden, daß die Beſchränkung, die das Eigenthum durch ſolche Jura in re erleidet, zugleich eine erhaltende Kraft für daſſelbe hat, inſofern die partielle Veräußerung, die in ihrer Beſtellung liegt, die totale erſetzt, welcher der Eigenthümer ſonſt vielleicht nicht entgangen wäre. So erſetzen ſie umgekehrt dem Berechtigten das Eigenthum, indem ſeinen beſondern Zwecken dieſe partielle Macht vollkommen genügen kann. Ihrem Inhalt nach am nächſten dem Eigenthum ſtehen Superficies und Emphyteuſis, die alſo am ausgedehnteſten die Eigenſchaft eines Surrogats für daſſelbe, nämlich für das Grundeigenthum haben (wie in dem älteſten Recht die Poſſeſſio am Ager publicus). Zunächſt kommt das Pfandrecht; dem Gläubiger wird der Werth ſeiner Forderung in einer Sache angewieſen, es iſt nicht ſeine Abſicht, jetzt ſchon in dieſer Sache bezahlt zu werden, aber wenn die Zeit kommt, öffnet ſich ihm eine Diſpoſition über die Totalität der Sache, indem er ſie verkauft und das Eigenthum an den Käufer überträgt, um ſich aus dem Preis bezahlt zu machen. Am weiteſten iſt der Unterſchied, der ſie vom Eigenthum trennt, bey den Servituten, ſowohl im Vergleich mit dem Pfandrecht, indem ſie nicht, wie dieſes es kann, zum Verluſt des Eigenthums führen, als auch im Vergleich mit Superficies und Emphyteuſis (mit denen ſie dieſe Verſchiedenheit von dem Pfandrecht gemein haben), indem die Benutzung, die ſie aus dem Eigenthum an ſich ziehen, entweder dem Umfang oder der Dauer nach von geringerem Belang iſt, als bey jenen Rechten. Dieſe größere oder geringere Annäherung der Jura in re an das Eigenthum hat denn auch in den Klagen, die dafür beſtimmt ſind, ihren Wiederſchein gefunden. Wie nämlich beim Eigenthum die Sache ſelbſt (res corporalis) vindicirt wird, ſo auch bey Superficies, Emphyteuſis, Pfandrecht, es iſt eine actio in rem corporalem (vgl. §. 222), nämlich die Eigenthums-

klage ſelbſt, die dem Berechtigten utiliter gegeben wird, wodurch ſich dieſe Verhältniſſe alſo in Beziehung auf den Schutz ganz eng an das Eigenthum anſchließen [e]). Anders bey den Servituten, die in rem actio mit welcher dieſe geltend gemacht werden, iſt eine von der Eigenthumsklage ganz verſchiedene, ſie iſt eine actio in rem incorporalem, eine Vindication der Servitut (§. 222).

---

e) Dieſer Umſtand hat von Alters her auf die Vorſtellungen unſerer Juriſten einen großen Einfluß geübt. Schon im Mittelalter iſt die Meinung entſtanden, Superficies und Emphyteuſis ſeien nichts als beſondere Arten des Eigenthums (ein dominium utile mit der utilis vindicatio, wie das Eigenthum ein directum dominium mit der directa in rem actio). Nachdem dieſe Vorſtellung aufgehört hatte, die gewöhnliche zu ſeyn, kam ſie in einer andern Geſtalt wieder zum Vorſchein bey Duroi Bemerk. über actio in rem und a. in p., ius in re und oblig., Archiv für civ. Pr. (1823) VI. 14. 18, der aber ſo weit geht, alle iura in re zu läugnen, und ſie ſämmtlich nur für Fälle eines über ſeine urſprüngliche Sphäre ausgedehnten Eigenthums zu halten. Endlich hat Büchel (civilr. Erörterungen 1834 III S. 24. 56) für Superficies und Emphyteuſis zwar die Eigenſchaft von iura in re in Anſpruch genommen, aber mit der (auch von der Klage hergenommenen) Beſtimmung, daß ſie in der bloßen, freilich vollſtändigen Ausübung fremden Eigenthums beſtänden.

Fünftes Kapitel.

Von der Superficies und Emphyteuſe.

CCXLIV. Wenn jemand ein Grundſtück gemiethet oder gepachtet hat, ſo entſteht regelmäßig aus dieſem Vertrag nur eine Obligatio zwiſchen dem Locator und Conductor, der letzte hat nur eine Forderung und perſönliche Klage gegen den erſten, daß ihm dieſer den verheißenen Gebrauch gewähre, ein Recht an der Sache ſteht ihm nicht zu, und damit auch kein Rechtsmittel gegen einen Dritten, der nicht in obligatoriſchem Nexus mit ihm ſteht. Ueber dieſe Geſtalt der Sache iſt das Jus civile nicht hinausgegangen, das prätoriſche Recht dagegen behandelt in gewiſſen Fällen den Miether oder Pächter anders, es betrachtet ſein Recht als ein dingliches, und giebt ihm ein Rechtsmittel gegen jeden Verletzer, ſey dieſer der aus dem Contract Verpflichtete, oder nicht.

Einer dieſer Fälle iſt die Miethe eines Gebäudes oder eines einzelnen Stockwerks deſſelben auf immer oder auf ſehr lange Zeit, oder auch ein Kauf, bey dem das Recht des Käufers auf das Gebäude ohne den Grund (auf die superficies) beſchränkt wird, ſo daß das Eigenthum an dem solum, und damit alſo auch an dem Gebäude (da dieſes von dem Eigenthum am Boden nicht geſondert werden kann) nicht auf den Käufer übergehen ſoll; eine dritte Geſtalt des Vertrags iſt, daß jemanden dadurch verſtattet wird, auf fremdem Grund ein Gebäude zu er-

richten, das ihm gehören ſoll, aber freilich nicht zu Eigenthum, da er nicht Eigenthümer des Bodens werden ſoll. Der Miethzins, welcher für den Boden entrichtet wird, und gegen den es dem Berechtigten verſtattet iſt, eine Superficies darauf zu haben, heißt solarium[a]). Unter ſolchen Umſtänden ſchützt der Prätor den Berechtigten in dem Beſitz der Superficies durch das interdictum de superficie, welches dem interdictum uti possidetis nachgebildet iſt (§. 230), ja auch durch eine utilis in rem actio, analog der Eigenthumsklage[b]). Er behält ſich eine causae cognitio vor, da er nicht gemeint iſt, jeden Miether auf dieſe Weiſe als juriſtiſchen Beſitzer und dinglich Berechtigten zu behandeln[c]), dieſer Vorbehalt liegt bey dem Interdict in dem Zuſatz ex lege locationis, in Beziehung auf die in rem actio iſt er namentlich ausgedrückt (Note b).

Eine beſondere Veranlaſſung zur Entſtehung dieſes Rechts braucht nicht geſucht zu werden, es lag in der Sitte des Volks, ſich und den Seinigen auf jene Art, wenn man nicht im Stande war, Eigenthümer eines Hauſes zu werden, eine feſte Wohnung zu verſchaffen. Aber dieſes Verhältniß hatte man zugleich von der älteſten Zeit her vor Augen, um es nachher unter andern Umſtänden nachzuahmen. Wir haben

---

a) L. 15 D. qui pot. (20, 4) (L. 16 §. 2 L. 17 D. de pign. act. 13, 7) L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

b) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. Die Stelle des Edicts lautet ſo: uti ex lege locationis sive conductionis (venditionis?) superficie qua de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17) L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) L. 73—75 D. de R. V. (6, 1) (L. 3 §. 3 D. de O. N. N. (39, 1) L. 9 §. 4. 13 §. 1. 8. 18 §. 4. 19. 39 §. 2 D. de damno infecto (39, 2). R.)

c) L. 1 §. 3 D. de superfic.: Quod ait praetor — causa cognita — sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

geſehen, daß es in Rom wahrſcheinlich eine Zeit gab, wo der Staat Subject alles Grundeigenthums war, die Einzelnen nur den Beſitz hatten, und dieß galt urſprünglich auch von dem Territorium, auf dem die Stadt angelegt war. Wird jemanden geſtattet auf einem locus publicus ein Gebäude anzulegen, ſo erhält er das Recht der Superficies [d]), und darauf gieng auch die Einräumung des Aventinus für die Plebs zu Wohnſitzen durch die lex icilia de Aventino im Jahr 298 d. St. [e]).

Der Superficiarius hat volle Macht über das Gebäude als superficies, ſoweit ſie nicht durch das Rechtsgeſchäft, wodurch er das Recht erhalten hat, eingeſchränkt iſt. Sein Recht iſt zwar nur ein ius in re, denn es gehört ihm nicht das Grundſtück überhaupt, ſondern bloß die Superficies, aber es iſt ein ius in re, vermöge deſſen ihm die Superficies, ſoweit ſie für ſich betrachtet wird, vollſtändig unterworfen iſt. Es iſt auch nicht auf ſeine Perſon beſchränkt, er kann es veräußern

---

d) L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

e) Dionys. X. 31. 32. Niebuhr röm. Geſch. II S. 339 f. Dionyſius erzählt, es hätten ſich auch Mehrere zuſammengethan, um ein Haus gemeinſchaftlich zu bauen, das ſie dann nach Stockwerken unter ſich getheilt hätten. Daß über dieſen Punkt Nachrichten exiſtirten, iſt nicht wohl denkbar; Dionyſius erklärt ſich damit nur in ſeiner Weiſe eine Erſcheinung, die ſich ihm in Rom, namentlich in jener Gegend häufig darbot, wie ſie noch jetzt in Rom, nach Niebuhrs Zeugniß, eine häufige, und auch in einigen Gegenden Deutſchlands keine ſeltene iſt. (Andere Beiſpiele geben die tabernae (argentariae u. ſ. w.) am Forum L. 32 D. de contrah. empt. (18, 1) Liv. 26, 27. Festus v. Plebeius (p. 230 Müller) Huſchke über Varro de R. R. I. 2 §. 9. (1835) S. 53—57 und die Urkunden über den Hausbau des Wächters der Antoninusſäule, erläutert von Rudorff, Beitrag zur Geſchichte der Superficies (Zeitſchrift für geſch. R. W. XI. 7.) Uebrigens blieb in Rom das ſuperficiariſche Recht auf Miethhäuſer (insulae) beſchränkt, bei domus haben Grund und Haus nur einen Herrn: Cic. ad Att. 4, 1. 2. L. 2 h. t. L. 91 §. 6 de legat. 3 (32) Analoge Verhältniſſe kommen in den Provinzen vor: lex thoria c. 46. R.)

und es geht auf ſeine Erben über[f]), der Prätor anerkennt Pfandrechte und Servituten, die er an der Superficies beſtellt[g]), Rechte die nicht von der Fortdauer des Rechts des Beſtellers abhängen, die alſo der Wechſel des Berechtigten nicht aufhebt, wohl aber der Untergang des Rechts der Superficies ſelbſt vernichtet[h]). Die Verbindlichkeiten des Superficiars gegenüber dem Eigenthümer beſtimmt das Rechtsgeſchäft, durch welches das Recht entſtanden iſt.

Daß der Prätor als Vorausſetzung der in rem actio außer dem Rechtsgeſchäft, welches er ſeiner causae cognitio unterwirft, auch noch eine Tradition der Superficies von dem Eigenthümer an den Miether oder Käufer gefordert habe, davon kommt keine Spur vor. Nur wenn der Superficiar des Beweiſes, daß ſein Beſteller Eigenthümer war, überhoben ſeyn, alſo von der Publiciana Gebrauch machen will, wird eine Tradition vorausgeſetzt[i]). Dagegen wird man die Tradition bey der Veräußerung eines ſchon beſtehenden ſuperficiariſchen Rechts wie beim Eigenthum angewendet haben[k]). In dieſer Richtung (zur Ergänzung einer ſolchen Alienation) ließe ſich auch eine Erſitzung denken, einer urſprünglichen Entſtehung des Rechts auf dieſem Wege widerſpricht ſein Zuſammenhang mit einem obligatoriſchen Nexus zwiſchen dem Eigenthümer und dem Superficiarius[l]).

---

f) L. 1 §. 7 D. de superf. (43, 18) L. 11 D. fam. ercisc. (10, 2) L. 86 §. 4 D. de leg. I (30).

g) L. 1 §. 6. 9 D. de superf. (43, 18) L. 13 §. 3 D. de pignor. (20, 1).

h) So daher wenn das Recht an den Eigenthümer zurückkehrt, oder wenn das Gebäude völlig zerſtört wird.

i) L. 12 §. 2. 3 D. de publ. act. (6, 2).

k) Vgl. L. 1 §. 7 D. de superfic. (43, 18).

l) Ulpian L. 26 D. de usurp. (41, 3): nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest, (vgl. L. 25 eod.) ſpricht von der Uſucapion des Eigenthums (Savigny R. des Beſ. §. 22 S. 303 Not. und nach ihm Büchel Erörterungen I. 3 S. 68). Von eigentlicher

CCXLV. Der zweite Fall eines aus obligatoriſchen Verhältniſſen hervorgegangenen ius in re findet ſich bey den agri vectigales, denen ſpäter die Emphyteuſen ſich anſchließen.

Agri vectigales heißen überhaupt Grundſtücke, die einer Abgabe an den Staat oder an eine öffentliche Corporation unterworfen ſind[a]). Dem Vectigal iſt vor allem unterworfen der ager publicus populi romani, ſofern er im Genuß Einzelner ſteht, obwohl erſt allmählich der Staat von dieſem Recht einen umfaſſenden Gebrauch machte[b]). Dieß geſchah, als die Staatsbedürfniſſe ſich vermehrten, und zugleich die Eroberungen in großen von dem römiſchen Volk eingezogenen Landſtrichen ein Mittel ſie zu decken darboten. Soweit dieſe Län-

---

Uſucapion des Rechts der Superficies konnte ohnehin nicht die Rede ſeyn, noch weniger als bey Servituten, da jenes Recht nicht dem Jus civile angehört. Im juſtinianiſchen Recht iſt ſtatt Uſucapion ein auf die longi temporis possessio bezüglicher Ausdruck gebraucht, und obgleich auch hier der Sinn der Stelle zunächſt auf das Eigenthum geht, ſo wäre ſie doch ſehr leicht einer Mißdeutung ausgeſetzt geweſen, wenn der Geſetzgeber die Möglichkeit einer Erſitzung des Rechts der Superficies daneben hätte zugeſtehen wollen.

a) Dieſe Abgabe heißt vectigal, denn ſo wird überhaupt jede genannt, die von einem beſtimmten derſelben unterworfenen Gegenſtand entrichtet werden muß, im Gegenſatz zu einer der Perſon oder ihrem geſammten Vermögen auferlegten, wohin das tributum, stipendium, aes equestre, aes hordiarium gehört Festus: Vectigal aes appellatur, quod *praeter* (pt, ſo iſt entſchieden mit Huſchke Verf. des Servius S. 371 ſtatt ob zu leſen) tributum et equestre et *hordiarium* (mit Walter und Müller ſtatt ordinarium) populo debetur cf. Müller ad h. l. — alſo alles außer den genannten heißt vectigal. So wird daher z. B. auch die vicesima hereditatum, die Abgabe von Auctionen ꝛc. bezeichnet. Die mit vectigal bezeichneten Abgaben ſind es die an Publicani verpachtet zu werden pflegten.

b) Die scriptura, die Abgabe für die Benutzung der öffentlichen Weiden (pascua), war lange Zeit das einzige Vectigal, und daher wurden noch ſpäter alle Beſitzungen, von denen der Staat eine Abgabe bezog, in den cenſoriſchen Büchern unter der Rubrik pascua aufgeführt Plin. hist. nat. XVIII. 3, vgl. Festus v. scripturarius ager.

bereien nicht für die Dotation von Colonien in Anſpruch genommen waren, wurden ſie, namentlich die verödeten (und das waren ſie in Folge des Kriegs größtentheils), ſolchen, die Luſt dazu hatten und ſie occupirten, einſtweilen zum Beſitz überlaſſen gegen einen Zehnten der Früchte (beim Ackerland, vom Baumland betrug die Abgabe ein Fünftel des Ertrags) neben dem Hutgeld (Note b)[c]. In den Provinzen kamen zu dieſen agri vectigales noch ſolche ganz anderer Art. Dort nämlich wurden dem Vectigal nicht bloß die eigentlichen agri publici unterworfen, ſondern auch die agri privati, ſo daß gewiſſermaßen der geſammte Provincialboden wie Staatseigenthum behandelt wurde (B. I §. 68). Von dieſen agri vectigales, deren Beſitzer Eigenthümer waren, ſoweit überall ein Eigenthum an Provincialgrundſtücken angenommen wurde, iſt hier nicht die Rede[d]).

Die Ueberlaſſung des ager publicus an Einzelne zum Genuß gegen ein Vectigal hatte eine Verpachtung dieſer Abgabe an Publicani zur Folge, die von fünf zu fünf Jahren geſchah[e]), zuweilen wurde aber auch beides verbunden, indem ein ganzer Diſtrict (auf hundert Jahre) einem Manceps[f]) überlaſſen wurde, der ihn ſodann parcellirte und im Einzelnen weiter verpachtete. Ein ſolcher Manceps hatte dann die doppelte Qualität eines Pächters des ager vectigalis und des Vectigal ſelbſt, und ein ähnliches Verhältniß trat ein, wenn

c) Appian. bell. civ. I. 7. Sic. Flaccus p. 2 Goes.

d) Von ihnen ſpricht Hygin. p. 198 Goes.

e) Dieſe Verpachtung des Vectigal iſt alſo nicht zu verwechſeln mit der Verpachtung des ager, man konnte ſie in einem gewiſſen Sinn auch als Verpachtung der agri vectigales bezeichnen, und dann lag die Verwechſelung ſehr nahe.

f) Paul. ex Festo: Manceps dicitur qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emtionis esse, qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit, quam is qui pro eo praes factus est.

ein ſolcher Diſtrict einer ſtädtiſchen Commune, an deren Territorium er gränzte, gegen die Entrichtung einer fixirten Abgabe an den Staat aus der Stadtcaſſe überlaſſen wurde. Aber auch ohne Abgabe geſchahen ſolche Abtretungen an die Gemeinden[g]). So kamen agri vectigales in den Beſitz der Städte, der ſich nach und nach in Eigenthum verwandelte. Die Ländereien der ſtädtiſchen Communen waren theils agri vectigales, theils agri non vectigales, ſtädtiſches Eigenthum, das nicht aus dem ager publicus populi romani gekommen war. Jenen wurde die Beſtimmung, in dem fortwährenden Genuß Einzelner zu ſtehen, gelaſſen, ſie wurden auf immer verpachtet, nur unter der Bedingung exacter Entrichtung der Abgabe an die Commune, bey dieſen war Zeitpacht üblicher[h]). Auch bey dem Grundbeſitz der sacerdotes und virgines vestales kommen agri vectigales vor, die gewöhnlich auf fünf Jahre, zuweilen auch auf ein Jahr verpachtet wurden[i]).

Den Pächtern öffentlicher Grundſtücke, und damit auch der agri vectigales gab der Prätor ein Interdict zum Schutz gegen jede widerrechtliche Störung[k]), es geſchah im öffentlichen Intereſſe ſelbſt, das bey der Sicherheit der Pächter nur gewinnen konnte[l]). Ja bey den agri vectigales gieng er noch

---

g) Hygin. p. 205 sq. Sic. Flacc. p. 23. Goes.

h) So entſtand der Sprachgebrauch, agri vectigales und non vectigales nach dieſer Verpachtungsweiſe zu unterſcheiden. Paul. L. 1 pr. D. si ager vectigalis (6, 3): Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non vectigales. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur — —. Non vectigales sunt qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

i) Hygin. p. 206 Goes.

k) Lex thoria c. 42. lex iulia municipalis (tab. heracl.) lin. 73—76. Dig. XLIII. 9: de loco publico fruendo. Vgl. §. 227 Note c. (d. R.)

l) L. 1 §. 1 eod.: Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est, tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei qui id fruendum conduxit.

weiter, indem er dem Pächter eine utilis in rem actio verlieh gegen jeden Beſitzer, auch gegen den Verpächter ſelbſt, doch ſetzt ſie in dem letzten Fall voraus, daß der Kläger nicht die Entrichtung des Vectigal verſäumt hat[m]), und auch dieſe Klage iſt nicht auf den Fall beſchränkt, wo die Verpachtung auf immer geſchehen iſt[n]). Das Recht des Pächters iſt daher von dem Prätor als ein ius in re anerkannt (§. 243 Note c), und zwar als ein veräußerliches und vererbliches; überdem wird einem ſolchen Pächter der juriſtiſche Beſitz der Sache ſelbſt (nicht bloß ein Quaſibeſitz) zuerkannt, und damit das Recht des Fruchterwerbs im Augenblick der Separation (§. 242)[o]). Im Fall einer Verpachtung auf immer ſtellt ſich das Recht des Pächters äußerlich dem Eigenthum ſo ähnlich dar (zwar nicht dem rechten römiſchen, denn dieſes vertrug ſich nicht mit der Auflage eines Vectigal, aber dem an dem ager privatus in den Provinzen, welches ja auch dem Vectigal unterworfen war, und bey dem die Bezeichnung ager vectigalis ebenfalls vorkam), daß die Frage entſtehen konnte, ob der Contract nicht als ein Verkauf d. h. das Recht des Beſitzers nicht als Eigenthum zu betrachten ſey[p]).

---

m) L. 1 §. 1 L. 2 D. si ager vectig. (6, 3).

n) L. 3 D. eod. Die Klage heißt auch actio vectigalis L. 15 §. 26 D. de damno inf. (39, 2).

o) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1). Auch in Beziehung auf die Befreiung von proceſſualiſchen Satisdationen wird der Beſitzer eines ager vectigalis einem Grundeigenthümer gleich behandelt L. 15 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8).

p) Gai. III. 145. Gaius entſcheidet dagegen, eben ſo Paulus L. 1 §. 1 D. si ager vect. (6, 3): — quamvis non efficiantur domini — Ulpian L. 71 §. 5. 6 D. de leg. I (30): — si — fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus und Andere. Wie ſehr übrigens in der Vorſtellung des Volks der Gedanke eines Rechts an einer fremden Sache zurücktrat, zeigt ſich in einer Erzählung des Plinius (epist. VII. 18): er habe 500,000 Seſterze ſeiner Vaterſtadt zu einer Alimen=

In den kaiſerlichen Geſetzen ſeit Conſtantin kommen die agri vectigales nicht mehr vor, dieß gilt aber nur von dem Wort, denn die Sache: die Verpachtung von Grundſtücken der Städte, der religiöſen Corporationen zu jenem Recht hat fortgedauert, eine gleiche Verpachtung iſt bey fiscaliſchen und kaiſerlichen Grundſtücken hinzugekommen[q]). Der Zins des Pächters heißt zum Theil noch vectigal[r]), gewöhnlich aber canon oder pensio. In Beziehung auf die kaiſerlichen Güter, die auf dieſe Weiſe ausgethan ſind, werden unterſchieden fundi emphyteuticarii (oder iuris emphyteutici), fundi patrimoniales (oder patrimonialis iuris), fundi rei privatae[s]).

---

tenſtiftung verheißen gehabt. Statt das Geld zu geben, um es gegen 30000 jährliche Zinſen ausleihen zu laſſen, habe er der Stadt ein Landgut von weit höherem Werth geſchenkt, und dieſes dann mit Auflage eines Vectigal von 30000 Seſterzen zurückgenommen. Dieſes Vectigal ſey dem wirklichen Werth des Guts gegenüber ſo gering, daß das Gut ſtets einen Eigenthümer finden werde, und die Revenue der Stadt für immer geſichert ſey. Freilich habe er, Plinius, nun eigentlich mehr als den Nominalbetrag der Pollicitation gegeben, da er für ſein Gut, wenn er es verkaufe, doch nicht den reinen Ueberſchuß ſeines Werths über die 500000 S. erhalten werde, dagegen ſey nun aber ſeine Abſicht ſicher erreicht. — Er denkt nicht daran, daß das Gut aufgehört hat, ihm eigenthümlich anzugehören, er ſieht ſich und ſeinen etwaigen Succeſſor noch immer als „dominus“ an, nur daß ſein „Eigenthum“ durch die darauf gelegte Abgabe auch über den Betrag ihrer Capitalſumme hinaus um der necessitas vectigalis willen an Werth gemindert ſey.

q) Cod. Theod. X. 3: de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum. Cod. Theod. V. 13. 14 (durch Peyron hinzugekommen) Cod. Iust. XI. 61: de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. XI. 70: de locatione praediorum civilium vel fiscalium sive templorum sive rei privatae vel dominicae.

r) L. 15 C. Th. 5, 13. Das Wort iſt indeſſen mehr eine Bezeichnung der Abgaben überhaupt, als ein beſonderer Ausdruck für jenen Pachtzins L. 14. 17 eod.

s) Vgl. Iac. Gothofred. ad Cod. Th. X. 3 paratitl. Aus den

Sie unterſcheiden ſich zum Theil in Beziehung auf die Adminiſtration, der ſie unterworfen ſind, zum Theil durch gewiſſe Vorrechte (Freiheit von gewiſſen Laſten), die ihnen anhängen[t]). Bey den beiden letzteren kommt eine Verpachtung auf Zeit und auf immer vor, im letzten Fall heißen ſie fundi perpetuarii, und perpetuarii heißen auch die Beſitzer[u]). Die praedia emphyteuticaria ſind ſtets zu einem ius perpetuarium gegen einen Canon verliehen, wahrſcheinlich waren es urſprünglich öde Ländereien, die auf dieſe Art nutzbar gemacht und der Cultur überliefert werden ſollten (wie dieß auch bey den agri vectigales der Fall geweſen war, Note c), und die davon den Namen erhalten hatten, der zuerſt in einer Stelle Ulpian's vorkommt[v]). Nachher aber wurde das Recht eines jeden Erbpächters oder Perpetuarius ius emphyteuticum genannt, von welcher Art das Gut ſeyn mochte, auch bey fundi patrimoniales, ferner bey den ſtädtiſchen Gütern[w]), den kirchlichen, ja ſogar auch bey Privatgütern, deren Eigenthümer ſie auf dieſe Weiſe austhaten. So wird namentlich in der juſtinianiſchen Geſetzgebung durch ius emphyteuticum ohne

---

neuentdeckten Conſtitutionen ſind noch zu vergleichen L. 17. 19. 20. 21. 31 C. Th. 5, 13.

t) L. 9. 10 C. de fund. patrim. (11, 61) L. 1. 3. 9. 12. 20 C. Th. de extrao. mun. (11, 16).

u) L. 20 C. Th. eod. L. 33 C. Th. 5, 13. L. 1 C. I. de loc. praed. civ. (11, 70). Fundi patrimoniales können beſeſſen werden privato iure salvo canone (dieß iſt eben das ius perpetuarium) L. 9. 10 de fund. patrim. (11, 61) L. 30. 34 C. Th. 5, 13, oder ademto canone (zu Eigenthum) L. 14 C. de fund. patrim. L. 19. C. Th. 5, 13.

v) L. 3 §. 4 D. de rebus eor. (27, 9). Diocletian L. 13 C. de praed. minor. (5, 71) ſtellt vectigale, patrimoniale und emphyteuticum praedium abgeſondert neben einander.

w) L. 33 C. Th. 5, 13: Ius emphyteuticum quo iuris patrimonialis vel reipublicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis — L. 39 eod.: possessores vel emphyteuticarii patrimoniales —.

Rückſicht auf die ſonſtige Beſchaffenheit der Güter ein beſonderes Rechtsverhältniß bezeichnet, auf welches die Rechtsſätze von dem früheren Recht am ager vectigalis angewendet werden[x]).

Das frühere Bedenken beim ager vectigalis, ob der Beſitzer nicht als Eigenthümer zu betrachten ſey (Note p), entſtand auch für die Emphyteuſis. Zeno entſchied es dahin, daß das emphyteutiſche Recht weder als ein bloßer Pacht noch als eine Alienation behandelt werden dürfe, ſondern als ein drittes, d. h. weder als ein bloß perſönliches Recht noch als Eigenthum, ſondern als ein ius in re[y]). Zugleich verwies er wegen der Einzelheiten des Rechtsverhältniſſes auf die Verträge zwiſchen dem Eigenthümer und dem Berechtigten (emphyteuticarius oder emphyteuta), die aber, wenn etwas von der Regel abweichendes dadurch feſtgeſetzt werden ſoll, ſchriftlich errichtet werden müſſen[z]).

Die Hauptverbindlichkeit des Emphyteuta beſteht in der Entrichtung des jährlichen Canon an den Eigenthümer, und der öffentlichen Abgaben, wenn das Gut ſolchen unterworfen iſt. Verſäumt er dieſe Pflichten drey Jahre lang, ſo hat der Eigenthümer das Privationsrecht, er kann jenen, wenn er will, ſeines Rechts entſetzen, ohne daß der Emphyteuta ſeine Verbeſſerungen des Guts (*ἐμπονήματα*) erſetzt verlangen kann[aa]). Die Veräußerung ſeines Rechts iſt dem Emphyteuta

x) Cod. IV. 66: de iure emphyteutico. §. 3 I. de locat. (3, 24) Dig. VI. 3: si ager vectigalis (id est, emphyteuticarius) petatur. Die Parentheſe iſt ein Zuſatz der Compilatoren zu der übrigens aus den Juriſten genommenen Rubrik.

y) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66).

z) Der Kaiſer entſcheidet für den Fall, daß die Verträge nichts darüber enthalten, auch gleich die Frage, wer einen das Gut treffenden Zufall trage: wenn nicht das Gut gänzlich zerſtört wird, der Emphyteuta, ſo daß er ſeiner Verbindlichkeit dadurch nicht entledigt wird.

aa) L. 2 C. eod. Dieſe Entſetzung iſt von der einfachen locatio

geſtattet, nur unbeſchadet jener Anſprüche des Eigenthümers, daher kann er die Emphyteuſe nicht einſeitig derelinquiren[bb]), wohl aber ſo veräußern, daß ein Anderer in ſeine Verbindlichkeiten eintritt[cc]). Geſchieht es gegen einen Preis, den er regelmäßig nur zu erwarten hat, wenn das Gut während des emphyteutiſchen Rechts verbeſſert worden iſt, ſo muß er dem Eigenthümer Anzeige davon machen, der das Recht hat ſtatt des Käufers um denſelben Preis einzutreten. Macht der Eigenthümer von dieſem Vorkaufsrecht innerhalb zwey Monaten keinen Gebrauch, ſo iſt er verpflichtet den neuen Emphyteuta anzunehmen und darüber einen öffentlichen Act aufnehmen zu laſſen, wofür er eine Gebühr anſetzen kann, die aber den funfzigſten Theil des Preiſes nicht überſteigen ſoll. Auch wegen Verletzung dieſer Pflichten kann die Privation eintreten[dd]).

Bey dieſen Beſtimmungen darf nicht aus den Augen verloren werden, wie die Geſetzgeber als den gewöhnlichen Fall vorausſetzen, daß der Canon mit Hinzurechnung der öffentlichen Abgaben eine Höhe erreicht, welche den Contract für den Emphyteuta ſo wenig, als für den Dominus als einen lucrativen erſcheinen läßt; der Vortheil, den der Emphyteuta durch den Erwerb des Rechts erhält, iſt ordentlicher Weiſe kein anderer, als der einer Gelegenheit der Arbeit, die ihm den Gewinn erſt verſchaffen muß. Darum wird der Verkauf der Emphyteuſe von ſeiner Seite als ein Verkauf der Meliorationen dargeſtellt[ee]), für das Gut in dem Zuſtand, wie es zur Zeit der Beſtimmung des Canon war, wird er keinen Käufer finden. Anders pflegte ſich die Sache bey kirchlichen Emphyteuſen

---

et conductio herübergenommen, nur daß ſie da ſchon nach zwey Jahren ſtattfindet L. 54 §. 1 L. 56 D. locati (19, 2).

bb) L. 32 C. Th. 5, 13. L. 3 C. de fund. patrim. (11, 61).

cc) L. 1 C. eod. *dd*) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66). Jene Gebühr hat im Mittelalter den Namen laudemium erhalten.

ee) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

zu verhalten, die Kirchenobern machten von dem Umſtand, daß die Kirchengüter von manchen öffentlichen Laſten frey waren, gewöhnlich nicht den Gebrauch, den Canon um ſo höher anzuſetzen, auch mögen ſie überhaupt billiger und weniger finanziell bey ihren Contracten verfahren haben, ſo daß ſchon der Beſitz einer kirchlichen Emphyteuſe als ein reiner Vortheil gelten konnte, was er ſonſt gewöhnlich nicht war. Daraus erklärt ſich die beſondere Pflicht, die dem kirchlichen Emphyteuta auferlegt wird, das Grundſtück in gutem Stand zu erhalten, ſo daß er wegen Deterioration entſetzt werden kann; auch ſoll hier die Privation ſchon dann eintreten können, wenn er nur zwey Jahre mit dem Canon im Rückſtand geblieben iſt[ff]).

Der Emphyteuta hat dieſelben Rechtsmittel, wie der Pächter des ager vectigalis. Bey der in rem actio, die ihm aus ſeinem Recht zuſteht, hat er dieſen Grund der Klage, ſofern er ihm verneint wird, zu beweiſen, und zwar liegt darin zweierley 1) daß die Sache dem emphyteutiſchen Recht unterworfen, 2) daß er das Subject dieſes Rechts ſey. Das erſte wird bewieſen durch das Rechtsgeſchäft, wodurch die Emphyteuſe, und zwar vom Eigenthümer, beſtellt worden, das zweite (wenn der Kläger nicht der erſte Erwerber iſt) durch den Rechtsgrund, durch den ſie von dem früheren Emphyteuta auf ihn übergegangen iſt. Iſt er durch Tradition bona fide in den Beſitz gekommen, ſo hat er die publiciana actio, wobey alſo das emphyteutiſche Recht ſeines Vorgängers, und eben ſo das Eigenthum des Beſtellers der Emphyteuſe nicht bewieſen zu werden braucht[gg]), und mit welcher der Kläger gegen den der weder Eigenthümer iſt, noch ſein Recht an der Sache von dem

---

ff) Nov. 7 c. 3 §. 2. Nov. 120 c. 8. Bey den Kirchen entſtand auch ein emphyteutiſches Recht, welches nicht auf immer, ſondern auf Zeit gegeben wurde.

gg) L. 12 §. 2 D. de public. act. (6, 2).

Eigenthümer erhalten hat, zum Ziele kommt. Es fragt ſich nun, ob nicht auch hier das Inſtitut der Erſitzung, um eine mangelhafte Erwerbung zu ergänzen und den Beweis zu erleichtern, eingeführt ſey[hh]). Die Geſetze ſchweigen faſt gänzlich darüber; dieß deutet an, daß die Frage unpraktiſch war, und ſo iſt es auch. Bey dem oben bemerkten Verhältniß des Werths der Emphyteuſen zu den darauf ruhenden Abgaben war es für die Eigenthümer regelmäßig nicht von Intereſſe, einen Beſitzer, der dieſe ordentlich abführte, zu vertreiben[ii]), die Frage konnte nur entſtehen, wenn der Beſitzer den Werth des Guts durch Meliorationen erhöht hatte, aber dieſe mußte ihm, wenn er nicht in mala fide war, der Eigenthümer erſetzen, der alſo auch hier keinen Gewinn von der Vertreibung des Beſitzers hatte, wenn die Juſtiz gegen ihn gehörig verwaltet wurde. Ja für den Hauptfall ſolcher Meliorationen, wenn es nämlich ödes Land geweſen war, das jemand als Emphyteuta in Beſitz genommen und cultivirt hatte, war ausgeſprochen, daß ihn ſchon die Cultur zum Emphyteuta machen ſollte[kk]), und dadurch die Erſitzung unnöthig gemacht. Doch fand ſich Anaſtaſius bey Gelegenheit ſeines Geſetzes über die Klagverjährung (§. 208 Note w) veranlaßt, zu verordnen, daß der Beſitzer eines kaiſerlichen, kirchlichen oder ſtädtiſchen Guts, auch eines emphyteutiſchen, durch einen ununterbrochenen Beſitz von vierzig Jahren mit Entrichtung des Canon ſicher ſeyn ſolle gegen die Vindication des Eigenthümers, ja daß ihm das fragliche Recht an dem Gut (alſo auch das emphyteutiſche)

---

hh) Unter unſern Juriſten iſt dieß ſehr beſtritten, vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 249 ff.

ii) Für ein Recht, bey dem man ſich veranlaßt fand, die Dereliction zu verbieten (Note bb), konnte das Inſtitut der Erſitzung unmöglich einen praktiſchen Werth haben.

kk) L. 30 C. Th. 5, 13. L. 7 C. de omni agro deserto (11, 58).

dadurch erworben ſey[ll]). Dieſe Sicherung ſoll der Beſitzer ohne Zweifel auch gegen die Anſprüche eines Andern haben, der ſich ſelbſt das emphyteutiſche Recht zuſchreibt, ja wir müſſen annehmen, daß wie der in rem actio die praescriptio longi temporis entgegen ſteht, ſo auch der utilis in rem actio des Emphyteuta, ein iustum initium des Beſitzes vorausgeſetzt.

---

ll) L. 14 C. de fundis patrim. (11, 61). Auch die Freiheit vom Canon kann auf dieſe Weiſe erworben werden.

Sechſtes Kapitel.

Von dem Pfandrecht.

Allgemeine Natur des Pfandrechts.

CCXLVI. Das Eigenthum giebt uns durch ſeine Veräußerlichkeit das Mittel, unſer Bedürfniß anderer Gegenſtände zu befriedigen, indem wir unſere Sachen gegen dieſe umtauſchen. Noch ein anderer Weg aber iſt gegeben, zu jenem Zweck zu gelangen, ohne unſere Sachen, die wir vielleicht nicht entbehren können, aufzugeben, er beſteht darin, daß wir die uns nöthigen Gegenſtände auf Credit nehmen. Auch dieſen Weg öffnet das Eigenthum, indem es uns durch die Sicherheit, die es dem Creditgeber verleiht, Credit finden läßt. Betrachten wir die Sache umgekehrt von Seiten des Creditgebers, ſo iſt kein Recht ſo leicht einer Verletzung ausgeſetzt als eine Forderung, deren Realiſirung auf der Willfährigkeit und dem Leiſtungsvermögen einer Perſon, des Schuldners, beruht, bey keinem Recht iſt daher eine Sicherung ſo wichtig als bey dieſem. Viel wird dabey von der Einrichtung einer ſchnellen und ſtrengen richterlichen Hülfe gegen den ſäumigen, Ausflüchte ſuchenden, ja wohl gar abläugnenden Schuldner abhängen, und wir werden bey den Obligationen ſehen, wie die Römer, namentlich durch die gerichtliche Behandlung der stricti iuris obligationes dafür

geſorgt haben, wie denn auch ſchon im Proceß ihre ſtrenge Executionsordnung gegen den verurtheilten Schuldner vorgekommen iſt. Aber das, wovon zuletzt doch alles abhängt, iſt, daß der Schuldner den geſchuldeten Werth in ſeinem Vermögen habe[a]). Sein Eigenthum alſo iſt es, welches den Gläubiger ſicher ſtellt, ſoll nun dieſe Sicherung eine beſtimmte Rechtsform annehmen, ſo kann dieß nur dadurch geſchehen, daß man dem Gläubiger den von ihm creditirten und ihm geſchuldeten Werth in einem Gut anweiſt, aus dem er denſelben (durch Verwerthung) zu erholen berechtigt wird, wenn der Schuldner ihn nicht befriedigt. Der Act wodurch dieß geſchieht, heißt Verpfändung, obligatio rei oder pignoris[b]), die Sache haftet dem Gläubiger für ſeine Forderung, ſie iſt ſein Pfand, pignus, das Recht, das der Gläubiger durch die Verpfändung erhält, iſt das Pfandrecht[c]).

Den allgemeinen Inhalt des Pfandrechts beſtimmen wir ſo: es wird dem Gläubiger ein Gut angewieſen, durch deſſen Verwerthung er ſeine Befriedigung, wenn ſie nicht von dem Schuldner erfolgt, finden ſoll. Bey dem Pfandrecht ſind zwey Seiten ſeiner Exiſtenz ins Auge zu faſſen: einmal, es ſteht in

---

a) Darauf reduciren ſich am Ende auch die anderen Sicherungsmittel für eine Forderung, ſo die Sicherung durch Bürgſchaft und ſonſtige Interceſſion anderer Perſonen für den Schuldner, denn abgeſehen davon, daß hier neben den einen doch nur wieder ein anderer Credit tritt, bey dem dieſelbe Frage wieder entſteht, wird ein Schuldner ohne (gegenwärtiges oder zu erwartendes) Vermögen auch keinen Bürgen finden, wenn wir den außer aller Berechnung liegenden Fall einer ſchenkungsweiſen Verbürgung wegdenken.

b) In ähnlicher Weiſe hatte das althochdeutſche Wetti, Verpflichtung, auch die ſpecielle Bedeutung von Pfand, Grimm deutſche Rechtsalterth. S. 601. 618.

c) Das Wort pignus wird von den römiſchen Juriſten je nach Bedürfniß für Pfandrecht, Pfand und Verpfändung gebraucht, Bedeutungen, die nicht ſelten der Natur der Sache nach in der Rede zuſammenlaufen.

der engſten Beziehung zu einer Forderung, die dadurch geſichert werden ſoll, ohne dieſe iſt ein Pfandrecht nicht zu denken, es iſt eine Acceſſion der Forderung, und der Pfandberechtigte muß zugleich der Gläubiger ſeyn (daher er Pfandgläubiger genannt wird)[d]). Auf der andern Seite aber iſt das Pfandrecht doch ein beſonderes Recht, es muß mehr darin liegen, als ſchon in der Forderung ſelbſt liegt. Welches iſt nun dieſer beſondere Inhalt des Pfandrechts?

Hier iſt es für die erſte Entſtehung und Geſtaltung des Pfandrechts weſentlich, auf das älteſte Executionsrecht zurückzugehen (§. 179). Die bloße Forderung gab dem Gläubiger urſprünglich nicht das Recht, ſeine Befriedigung unmittelbar aus dem Vermögen des Schuldners zu ſuchen, er hatte nur das Zwangsmittel der perſönlichen Execution in der Hand, ſeine Befriedigung hieng von dem Willen des Schuldners ab, der denn freilich der Regel nach nicht unterließ, die Schuldknechtſchaft durch Bezahlung ſeiner Schuld, wenn er Eigenthum hatte, zu vermeiden, in deſſen Willen aber dieſes doch geſtellt war, und der, wenn er hartnäckig war oder etwa auf Koſten ſeiner Freiheit den Seinigen ſeine Güter erhalten wollte, nicht direct zur Befriedigung gezwungen werden konnte. Damals war alſo ſchon dieß ein beſonderer Inhalt des Pfandrechts, daß der Gläubiger dadurch das Recht erhielt, in einem Gut des Schuldners unmittelbar ſeine Befriedigung zu ſuchen.

Dieß veränderte ſich, als der Prätor Rutilius eine Vermögensexecution eingeführt hatte (§. 179). Von da konnte die Befugniß, aus Gütern des Schuldners ſich zu befriedigen, nicht mehr den beſondern Inhalt des Pfandrechts bilden, da ſie ſchon in der Forderung ſelbſt lag; das Pfandrecht mußte

d) Dagegen iſt es nicht weſentlich, daß der Verpfänder zugleich der Schuldner ſey, auch für eine fremde Schuld kann man verpfänden; nur iſt natürlich jenes der gewöhnliche Fall, daher die Römer für den Verpfänder ſchlechtweg den Ausdruck *debitor* brauchen.

noch eine andere Bedeutung und Kraft haben, um als ein beſonderes Recht denkbar zu ſeyn, und dieſe hatte es denn auch.

Die Vortheile, die das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt oder gewähren kann, und die der Pfandgläubiger vor dem bloßen (chirographariſchen) Gläubiger voraus hat, ſind in der Hauptſache folgende:

1) Dem Gläubiger iſt dadurch ein leichterer und bequemerer Weg der Befriedigung geöffnet, als durch das allgemeine Recht auf die rutiliſche missio in bona; er bedarf dazu nicht der Mitwirkung der Obrigkeit, uud durch beſondere Verabredungen kann ihm der Weg der Befriedigung noch mehr, als dieß ſchon dem Recht nach der Fall iſt, geebnet werden; iſt er nicht im Beſitz des Pfands, ſo ſind ihm beſondere, von der Schuldklage unabhängige Rechtsmittel gegeben, um ſich denſelben zu verſchaffen. Noch viel bedeutender aber ſind folgende Vortheile.

2) Die Trennung des verpfändeten Gutes aus dem Vermögen des Schuldners iſt entweder unmöglich oder wenigſtens für den Gläubiger unſchädlich gemacht, und dadurch dieſem ein Befriedigungsobject geſichert, auf das er vermöge jener allgemeinen, ſchon in der Forderung liegenden Befugniß, an die Güter ſich zu halten, vielleicht keinen Anſpruch gehabt hätte, wenn es nämlich zur Zeit der Miſſio ſchon aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen war[e]).

3) Der Pfandgläubiger, während er als bloßer Gläubiger mit andern in der Befriedigung aus den Gütern des

e) Zwar gegen eine bösliche Veräußerung ſchützte der Prätor die Gläubiger durch ein interdictum und eine actio (pauliana) Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, eine Reſciſſion ſolcher Veräußerungen, die ſchon zur Zeit des Cicero galt (Cic. ad Att. I 1), und die vielleicht ſchon von dem Prätor Rutilius herrührt. Aber die Vorausſetzungen jener Klagen ſind von der Art, daß ſie nur unter beſonderen Umſtänden eine Sicherung gewähren, die dem Pfandrecht überall innewohnt.

Schuldners concurriren würde, ſchließt ſie von dem Gegenſtand ſeines Pfandrechts aus, bis er vollſtändig befriedigt iſt[f]).

Die Intention des Rechtsinſtituts, von dem wir reden, iſt alſo zuerſt dem Gläubiger ein Object zu geben, in deſſen Vermögenswerth er ein Mittel der Befriedigung ohne Zuthun des Schuldners findet, aus dem er alſo ſelbſt ſich befriedigen kann, und ſodann damit die Vortheile zu verbinden, deren ſo eben gedacht worden iſt. Durch welche Rechtsformen können nun dieſe Abſichten erreicht werden und ſind ſie von den Römern erreicht worden? welche Form kann das Recht des Gläubigers erhalten, um allen dieſen Anſprüchen zu genügen, jenen ganzen Inhalt in ſich aufzunehmen? In Beziehung auf den erſten Punkt iſt nöthig, daß in dem Recht die Fähigkeit des Verkaufs der Sache liege, und die Möglichkeit ſich ihren Beſitz zu dieſem Behuf zu verſchaffen. Hinſichtlich des andern muß das Recht von der Beſchaffenheit ſeyn, daß dem Gläubiger dadurch das Befriedigungsobject gegenüber dem Verpfänder und Andern geſichert ſey. Wir finden nun das Pfandrecht in drey Geſtalten, welche dieſen Zwecken mehr oder weniger entſprechen: als Eigenthum, als Beſitz, und als ein Recht welches keines von beiden iſt, ſondern ein drittes, ein ius in re. Dieſe drey Formen ſind die Fiducia, das einfache Pignus, die Hypothek, von denen nun näher gehandelt werden ſoll[g]).

---

f) Als ein Nebenvortheil des Pfandrechtsinſtituts könnte noch betrachtet werden, daß dem Gläubiger dadurch ein Befriedigungsobject außerhalb des Vermögens ſeines Schuldners (auf das er alſo als einfacher Gläubiger nie Anſpruch hätte) verſchafft werden kann, nämlich dadurch, daß ein Anderer ſeine Sache für den Schuldner verpfänden kann (Note d). Indeſſen iſt dieß nichts dem Pfandrecht irgendwie eigenes, daſſelbe wird ohne dieſes durch andere Formen der Interceſſio auf dem Weg einer bloßen Obligation erreicht.

g) In L. 9 §. 2 D. de pign. act. (13, 7): Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem, haben die Compilatoren offenbar etwas weggeſtrichen, (*nec* possessio ſetzt zwey vorangegangene Fälle voraus); Ulpian

Die Fiducia.

CCXLVII. Gläubiger und Schuldner kommen überein, daß jener aus einem Gut des letzteren, wenn er die Zahlung nicht erhalten wird, ſich ſoll befriedigen können; er ſoll die Befugniß haben, die Sache zu verkaufen, aber nur zu dem Zweck der Befriedigung, der Verpfänder kann das Pfand durch Zahlung löſen. Das iſt die Verpfändung; ſie iſt auf ein Recht des Gläubigers, aber auf ein beſchränktes gerichtet, auch dem Schuldner wird dadurch ein Recht gewährt, der ſeine Sache keineswegs noch definitiv aufgegeben hat. Dieſe Uebereinkunft hat aber nach altem Recht noch gar keine Wirkung, ſie muß die Form eines civile negotium erhalten, um ein Rechtsverhältniß hervorzubringen. Das Rechtsgeſchäft, welches ſich dafür darbot, war die Mancipation oder In Jure Ceſſio des Gegenſtands, mit der jene Uebereinkunft verbunden und dadurch rechtlich wirkſam ward, wirkſam für den Gläubiger, indem er ſo die Macht über den Gegenſtand bekam, die ihn befähigte, ihn zu verkaufen, denn er gehörte ihm, wirkſam für den Schuldner, indem dieſer eine Klage auf Remancipation erhielt, wenn er den Gläubiger rechtzeitig befriedigte. Eine ſolche Verabredung der Remancipation (die nicht bloß unter dieſen Umſtänden, ſondern auch zu andern Zwecken möglich war) heißt fiducia, fiduciam contrahere[a]); daher wird jene Verpfändung ſelbſt fiducia, und eben ſo wird auch das Pfand genannt[b]). Verpfändet werden konnten in dieſer Form alle Gegenſtände, die (ihre Verwerthbarkeit vorausgeſetzt)

---

nannte die Fiducia, wodurch das Eigenthum, das einfache Pignus, wodurch der Beſitz, die Hypothek, wodurch weder das eine noch das andere auf den Gläubiger übergeht.

a) Gai. II. 60: Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res aput eum essent — III. 201: debitor quoque, qui fiduciam quam creditori mancipaverit aut in iure cesserit, detinet — vgl. §. 239 bey Note ii.

b) Paul. sent. II. 13. Isidor. orig. V. 25, 23.

mancipirt oder in iure cedirt werden konnten, namentlich nicht bloß Sachen, ſondern auch Kinder durch den Vater, in deſſen Gewalt ſie ſtehen, und an denen der Gläubiger das Mancipium mit jener Uebereinkunft erwarb [c]).

Wahrſcheinlich bot das älteſte Recht gar keine andere Form dar, in der jene Uebereinkunft hätte rechtlich wirkſam werden können, indeſſen auch abgeſehen davon, — denken wir uns in eine Zeit, wo das Freiheitsgefühl, welches ſich gegen directen Eingriff in das Eigenthum des Schuldners auflehnte (§. 179), noch in ſeiner vollen Stärke und, wenn man will, Einſeitigkeit beſtand, ſo lag es am nächſten, die Verpfändung und das durch ſie dem Gläubiger gegebene Recht, ſich direct an ein Gut des Schuldners zu halten, dadurch zu vermitteln, daß dieſes Gut aus dem Eigenthum des Schuldners herausgieng und ſofort in das Eigenthum des Gläubigers, nur auf widerrufliche Weiſe, kam. So war denn auch das Pfandrecht kein beſonderes Recht, es war Eigenthum (oder Mancipium); daß der Gläubiger Macht hatte, die Sache zu verkaufen, war nicht das Beſondere an dem Verhältniß, ſondern daß er durch das Recht des Schuldners, die Sache zu löſen, beſchränkt war. So erklärt ſich, daß man die Verpfändung nicht von der dem Gläubiger eingeräumten Gewalt (wie man erwarten ſollte), ſondern von der dem Schuldner vorbehaltenen Befugniß und der Verabredung, die ſie gab, daß man ſie fiducia nannte.

Aber auch für die Erreichung der ſonſtigen Intentionen des Pfandrechts war dieß ohne Zweifel der ſicherſte und einfachſte Weg. Dem Gläubiger als Eigenthümer ſtand die Be-

---

c) Liv. II. 24, vgl. Scheurl vom Nexum S. 60. Schon zur Zeit der römiſchen Juriſten aber war die Verpfändung der Kinder verboten Paul. sent. V. 1, 1. L. 1 C. de patrib. qui fil. (4, 43), doch ſah ſich noch Juſtinian veranlaßt, der Uebertretung dieſer Vorſchrift durch Strafgeſetze gegen die Gläubiger entgegen zu wirken Nov. 134 c. 7.

friedigung aus der Sache ſchnell und bequem zur Hand, daß der Schuldner ſie ihm entzog, war rechtlich nicht zu denken, denn der Verpfänder iſt nicht mehr Eigenthümer[d]), an eine Colliſion mehrerer Pfandgläubiger an derſelben ganzen Sache war nicht zu denken, weil nicht mehrere Eigenthümer in solidum ſeyn können. War der Gläubiger nur des Eigenthums ſeines Verpfänders und des hinreichenden Werths der Sache verſichert, was der Schuldner nachher mit der Sache hätte vornehmen wollen, konnte ſein Recht nicht beeinträchtigen[e]). Die Inconvenienz, welche dieſe Verpfändung mit ſich zu führen ſcheint, daß ſie nämlich den Schuldner um den Genuß ſeiner Sache bringt, wurde dadurch vermieden, daß der Gläubiger ihm die Sache als Precarium[f]), oder pachtweiſe ꝛc. überlaſſen konnte[g]), was namentlich bey ſolchen Sachen zu geſchehen pflegte, bey denen keine Gefahr war, daß der Schuldner ſie bey Seite ſchaffen, alſo factiſch dem Gläubiger entziehen möchte, denn rechtlich freilich waren ſie dem Gläubiger immer

---

d) Verkaufen kann der Verpfänder die Sache, wie man auch eine fremde Sache verkaufen kann, und er kann ſie dem Käufer übertragen, wenn er ſie (etwa mit dem empfangenen Kaufpreis) gelöſt hat. Dem Gläubiger kann er ſie nicht verkaufen, denn suae rei emtio non valet Paul. sent. II. 13, 3. L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5) L. 16 pr. D. de contr. emt. (18, 1).

e) Darum blieb die Fiducia noch immer in Uebung, nachdem längſt ſchon eine leichtere Verpfändung eingeführt war, ſie konnte namentlich gegen die Privilegien ſichern, wodurch die Hypotheken oft unſicher wurden. So finden wir ſie noch in dem Catalog von Rechtsgeſchäften aufgezählt, die Honorius 395 für gültig erklärt, wenn ſie auch unter dem uſurpatoriſchen Regiment des Eugenius vorgenommen worden ſeien L. 9 C. Th. de infirm. his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt (15, 14). Im juſtinianiſchen Recht iſt ſie mit der Mancipation und In Jure Ceſſio, von der man ſie nicht zu trennen vermochte, weggefallen.

f) Isidor. orig. V. 25, 17: precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorum in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

g) Gai. II. 60.

theils durch die Vindication theils durch die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel garantirt.

Der Gläubiger hat das Recht die Sache zu verkaufen, wenn die Zahlung oder ſonſtige Befriedigung nicht erfolgt[h]), und dieſes Recht kann ihm auch nicht durch eine entgegengeſetzte Verabredung (ut fiduciam sibi vendere non liceat) entzogen werden[i]). So lange der Verkauf noch nicht geſchehen iſt, hat der Schuldner die fiduciae actio, wenn er durch Zahlung das Pfand löſt; durch den Verkauf wird die fiducia getilgt, nur auf den Ueberſchuß des von dem Gläubiger erhaltenen Kaufpreiſes kann der Verpfänder noch die fiduciae actio anſtellen[k]). Ja auch ohne Verkauf kann dieſe Klage wegfallen, wenn nämlich die Verabredung getroffen iſt, daß dem Gläubiger, wenn er in der geſetzten Zeit nicht befriedigt werden würde, das Pfand ſchlechthin um ſeine Forderung verfallen ſeyn ſolle. Dieſe Verabredung heißt lex commissoria; ſo konnte das Pfandrecht einen doppelten Inhalt haben: das Recht des Verkaufs, das ſchon von ſelbſt darin lag, und das des Verfalls, welches durch Vertrag hineingelegt werden konnte[l]). Dieſe lex commissoria war ſehr üblich; Conſtan-

h) Er kann möglicherweiſe auch durch gezogene Früchte von der verpfändeten Sache befriedigt werden Paul. II. 23, 2. L. 1 C. de distr. pign. (8, 28).

i) Paul. II. 13, 5 vgl. II. 5, 1. L. 4 D. de pign. act. (13, 7). — Für den Verkauf ſind dem Gläubiger gewiſſe zu beobachtende Formen vorgeſchrieben, nämlich eine Ankündigung, denuntiatio, an den Verpfänder, um dieſem noch die Möglichkeit der Löſung des Pfandes zu geben, und zwar (wahrſcheinlich nicht bloß im Fall des pactum de non distrahendo, wofür ſie zunächſt bezeugt iſt) eine dreimalige (nach Analogie der dreimaligen Ausſtellung eines addictus §. 179). Dann gieng dem Verkauf ein öffentlicher Anſchlag deſſelben voraus, proscriptio, (wie nachher bey der Vermögensexecution) L. 3 pr. C. de iure dom. imp. (8, 34); der Name des Schuldners wurde dabey wohl nicht genannt.

k) Paul. II. 13, 1. *l*) Cic. pro Flacco 21. Fragm. Vat. 9.

tin hat ſie bey jeder Art der Verpfändung verboten und außer Wirkung geſetzt[m]).

Das einfache Pignus.

CCXLVIII. Die Fiducia führt eine rechtliche Trennung des Pfands aus den Gütern des Schuldners mit ſich; es giebt nun auch ein Pfandrecht, das mit einer bloß factiſchen verbunden iſt, dieß iſt das einfache pignus. Dieſes Pignus kommt ſehr früh als ein Zwangsmittel der Magiſtrate vor gegen Bürger, die öffentliche Pflichten verletzen oder ſich ihnen entziehen (Bd. I §. 79), dieſer pignoriscapio auf Befehl der Magiſtrate durch ihre Diener ſchließt ſich am nächſten die gewiſſen andern Perſonen geſtattete an, die unter den legis actiones vorkommt (§. 162 a. E.). Jenes magiſtratiſche Recht der pignoriscapio wurde auch als Executionsmittel für Decrete in Civilſachen (bey extraordinariae cognitiones) angewendet, zuletzt auch für Sentenzen der Richter, pignus in causa iudicati captum (§. 179. 188). Das Gericht läßt durch ſeine Diener dem verurtheilten Schuldner ſo viel Sachen als nöthig abnehmen, verkauft ſie nach Ablauf von zwey Monaten, und befriedigt daraus den Gläubiger, dem von dem Moment der Auspfändung ein Pfandrecht an den abgefändeten Sachen zugeſchrieben wird[a]). Noch einen andern Fall des Pignus haben die prätoriſchen missiones in bona (in possessionem) mit ſich geführt, wodurch der Magiſtrat jemanden zur Sicherung eines Anſpruchs in den Beſitz von Gütern eines Andern einweiſt. Der missus erhält die Detention der Güter mit der Befugniß für ihre Erhaltung Sorge zu tragen[b]). Der Prätor ſchützt ihn gegen jeden, der ihn verhindert im Beſitz zu

m) Cod. Th. III. 2: de commissoria rescindenda. Cod. Iust. VIII. 35: de pact. pign. et de lege comm. in pignoribus rescindenda.

a) Cod. VIII. 23: si in causa iudicati pignus captum sit.

b) Vgl. das von Cicero pro Quint. 27 mitgetheilte Edict, §. 179 Note x.

ſeyn, durch Interdict oder eine actio in factum auf eine Strafe, die dem Werth des die Miſſio begründenden Anſpruchs gleichkommt[c]). Dieſe missio wird mit dem Recht des Verkaufs gegeben, oder ohne daſſelbe, jenes iſt der Fall, wenn ſie gegen den verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner verhängt wird. In jenem Fall liegt es ſehr nahe, das Recht des Miſſus als ein Pfandrecht zu behandeln, dieß geſchah denn auch, ja daſſelbe wurde für alle Fälle der Miſſio behauptet[d]), das Pfandrecht heißt praetorium pignus.

Ein ſolches einfaches Pignus (im Gegenſatz gegen die fiducia) kann nun auch durch Vertrag entſtehen. Die Verpfändung geſchieht hier durch Uebergabe der Sache zu juriſtiſchem Beſitz mit Verpflichtung des Gläubigers, ſie zurückzugeben, wenn er befriedigt werden würde. Sie iſt alſo der Fiducia ganz analog, nur iſt ſie kein feierliches Geſchäft, der Gläubiger wird nicht Eigenthümer ſondern nur Beſitzer, und ſeine Verpflichtung iſt nicht jenes civilrechtliche Negotium, aus dem die fiduciae actio entſpringt, ſondern der contractus iuris gentium, der durch einfache Tradition (re, nicht mancipio) geſchloſſen wird, mit der actio pigneraticia. Dieſes pignus (Fauſtpfand) iſt gewiß jünger als die Fiducia, es ſetzt die Möglichkeit einer Verpflichtung durch einfache Uebergabe voraus, die ſicher nicht von jeher beſtand, überdieß läßt es ſich nicht wohl ohne einen Schutz des Beſitzes denken, auf dem hier die Sicherheit des Pfandgläubigers beruhte[d*]). Das Vor-

---

c) Dig. XLIII. 4: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.

d) Ulpian. L. 26 D. de pign. act. (13, 7). Dieß beſtätigt Juſtinian L. 2 C. de praetorio pignore (8, 22), und überträgt überdieß auf dieſes Pfandrecht die hypothecaria in rem actio.

*d**) (Die älteſte urkundliche Erwähnung kommt im latiniſchen Bündniß 261 d. St. vor: Festus: nancitor in duodecim: nactus erit praenderit. item in foedere latino: pecuniam quis nancitor, habeto, et: si quid pignoris nanciscitur (lies nancitor), sibi habeto. Rudorff über die die Pfandklagen Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII S. 192. Huſchke, Recht des Nexum S. 204 Note 322. R.)

bild dafür gab die pignoriscapio der Magiſtrate. Vielleicht hatte es auch allererſt mehr die Intention einer Nöthigung des Schuldners zur Zahlung, um dadurch wieder zum Beſitz ſeiner Sache zu gelangen, als eines directen Befriedigungsmittels, und iſt nur allmählich der Fiducia in dieſer Hinſicht gleichgeſtellt worden. Daraus erklärt ſich, warum noch die claſſiſchen Juriſten ein gewiſſes Gewicht darauf legen, ob die Parteien ausdrücklich übereingekommen ſind, daß der Gläubiger ſolle verkaufen dürfen, obwohl ſie ſchon, wenigſtens die ſpäteren, dieſes Recht ihm auch ohnedieß zugeſtehen [e]).

Immer war die Wirkung des einfachen Pignus (wir ſprechen von der Zeit vor der Reform des Pfandrechts durch die Hypotheken, die auch auf das Pignus ihre Wirkung äußerte) weit unvollkommener, als die der Fiducia. Der Gläubiger hat den Beſitz, dieſer konnte ihm durch Diſpoſitionen des Schuldners nicht entzogen werden. Eine Veräußerung war für den Schuldner, ſo lange der Gläubiger den Beſitz hatte, wenigſtens bey beweglichen Sachen unmöglich, bey unbeweglichen, die von dem Nichtbeſitzer mancipirt werden können, war der Gläubiger nicht geſichert. Daß er auf irgend eine Art gegen die Vindication des Verpfänders geſchützt wurde, iſt ſchlechterdings anzunehmen (auch für die Zeit der Legis Actiones, wo es noch keine Exceptionen gab), gegen die Vindication des Singularſucceſſors läßt ſich dieß nicht behaupten. Auch hier war es nicht ungewöhnlich, die Sache dem Verpfänder als Precarium zu überlaſſen [f]); ſo lange ſie bey

---

e) Ulpian. L. 4 D. de pign. act. (13, 7) Paul. II. 5, 1: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Vgl. Iavolenus L. 73 D. de furt. (47, 2).

f) Ulpian L. 6 §. 4 D. de precar. (43, 26) ſagt, es ſey gefragt worden, ob ein ſolches Precarium gelte, da es ein precarium rei suae ſey. Er bejaht die Frage, indem er bemerkt, der Gegenſtand dieſes Precariums ſey nicht die Sache ſelbſt, ſondern der Beſitz, der allerdings

dieſem oder ſeinen Erben blieb, war der Gläubiger geſchützt, er konnte ſie ſofort wegnehmen (da er gegen das interdictum de vi oder utrubi die exceptio precariae possessionis hatte[g]), oder das interdictum de precario auf Wiedererlangung anſtellen. Veräußerte dagegen der Verpfänder, ſo blieb jenem freilich ſein Interdict gegen dieſen, gegen den Käufer hatte er es nicht. Es war ſeine Aufgabe, einer ſolchen Veräußerung durch Wachſamkeit zuvorzukommen. Wie war es nun mit dem Verkauf durch den Gläubiger, um ſich aus dem Preis zu befriedigen? Setzen wir auch die ausdrückliche Verabredung de distrahendo pignore voraus, ſo iſt damit die Schwierigkeit nicht gehoben, wie ſie den Gläubiger (ich ſage nicht befugt, ſondern) fähig machen konnte, die Sache zu verkaufen und ins Vermögen des Käufers zu bringen. Die Erklärung jener Uebereinkunft als eines Mandats reicht nicht aus, denn damit wäre bey der Widerruflichkeit des Auftrags die Veräußerung von dem Willen des Verpfänders abhängig geweſen[h]). Die Sache ſtand ſo. Verkaufte der Gläubiger in Folge jener Uebereinkunft, ſo verletzte er kein Recht des Verpfänders, aber er übertrug auf den Käufer nichts als den Beſitz und die conditio usucapiendi. Mit der Einführung der Publiciana wurde von ſelbſt die Stellung des Käufers und damit auch die eines Fauſtpfandgläubigers verbeſſert,

---

dem Gläubiger zuſtehe. Die Beſeitigung jenes Zweifels ſey wichtig, weil er ein Geſchäft betreffe, das täglich vorkomme. Ulpian will offenbar nur ein längſt im Leben übliches Rechtsverhältniß gegen theoretiſche Bedenklichkeiten ſichern.

g) Paul. V. 6, 7.

h) Etwas anderes iſt, daß der aus eigenem Recht verkaufende hypothekariſche Gläubiger wie ein Procurator beurtheilt wird L. 29 D. fam. erc. (10, 2), denn dieſe Analogie ſoll ihn nicht erſt fähig machen, zu verkaufen, ſondern nur ſein und des Schuldners Verhältniß zu dem Käufer beſtimmen, die Fähigkeit liegt in ſeinem eigenen Recht, der Hypothek.

bis dieſer zuletzt durch die Entſtehung und Ausdehnung der Hypothek zu einem andern, vollkommneren Recht gelangte[i]).

Eine beſondere Art des Pignus nennen die Römer ἀντίχρησις. Sie beſteht darin, daß dem Gläubiger eine fruchtbringende Sache überliefert wird, mit dem Recht ſtatt der Zinſen ſie zu benutzen. Die römiſchen Juriſten behandeln dieſe Antichreſe nach der Analogie eines Pignus, außerdem kann aber jene Verabredung auch bey jeder Verpfändung getroffen werden[k]).

Die Hypothek.

CCXLIX. Die Aufgabe der Verpfändung, dem Gläubiger ein Recht zu geben, welches ihn in den Stand ſetzt, aus dem Pfand durch Veräußerung ſeine Befriedigung ſich zu verſchaffen, und ihm dieſes Befriedigungsobject zu ſichern, wurde in der älteſten Verpfändungsform auf die allereinfachſte Weiſe, die über die vorhandenen Rechtsformen nicht hinausgieng, erreicht. Der Gläubiger wurde Eigenthümer des Pfands. Daneben kam die Verpfändung durch bloße Tradition des Beſitzes auf, wobey die Fähigkeit des Gläubigers zu veräußern im Grund nur eine factiſche war, indeſſen unterſtützt durch den Schutz, deſſen jener factiſche Zuſtand theils als juriſtiſcher Beſitz ſchlechtweg, theils als Uſucapionsbeſitz (das letzte beim Käufer) theilhaftig ward.

---

i) Dieſe Wendung der Sache hat Gaius II. 64 ſchon vor ſich, wenn er unter den Perſonen, welche veräußern können, den Pfandgläubiger aufführt mit der Bemerkung: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur, ein haltungsloſes Räſonnement, da es zur Begründung der Veräußerungsfähigkeit des Gläubigers für die ältere Zeit nicht hinreicht, für die neuere nicht nöthig iſt.

k) L. 11 §. 1 D. de pignor. (20, 1) L. 1 §. 3 eod. L. 17 C. de usur. (4, 32).

Die Verpfändung durch Fiducia war aber nicht bloß die einfachſte und den älteſten Rechtszuſtänden angemeſſenſte Löſung der Aufgabe, da ſie kein neues Element ins Recht einführte, ſondern die ſofortige Trennung des Pfands von den Gütern des Schuldners, die ſie involvirte, ließ auch das alte Rechtsprincip, das einen unmittelbaren Eingriff in das Vermögen des Schuldners verwarf, unangetaſtet. Das einfache Pignus enthielt, haben wir geſehen, eine Modification, aber nicht eine vollſtändige Abweichung von dieſem Verfahren.

Das Princip indeſſen der Nichthaftung der Güter für die Schulden hörte auf zu beſtehen, jeder Gläubiger war durch das rutilianiſche Edict in den Stand geſetzt, aus den Gütern ſeines Schuldners ſeine Befriedigung zu ſuchen. Die Ausſcheidung des Pfands aus dem Vermögen des Schuldners (rechtliche oder factiſche) konnte nicht mehr für ein Erforderniß der Verpfändung gelten. Man konnte keinen Anſtoß mehr an einer Verpfändung nehmen, die den Gläubiger weder zum Eigenthümer noch zum Beſitzer machte; es kam nur darauf an, daß ſich ein Bedürfniß ergab, über jene Pfandarten hinauszugehen. Ein ſolches machte ſich in der That fühlbar.

Die Vorzüge der fiduciariſchen Verpfändung ſind oben angegeben worden, für den Gläubiger ſind ſie unläugbar, die Bedürfniſſe des Creditnehmers ſind wenig dadurch befriedigt. Sie unterlag noch manchen Beſchränkungen, die zum Theil für beide, vornehmlich aber für den letzteren empfindlich ſeyn konnten. Vor allem war ſie auf manche Gegenſtände, die in den ſpäteren Zeiten der freien Republik einen Hauptbeſtandtheil des Vermögens vieler Perſonen bildeten, unanwendbar, ſo bey Provincialgrundſtücken; ebenſo fiel ſie bey manchen Perſonen weg, Peregrinen konnten in dieſer Form weder verpfänden, noch ein Pfandrecht erhalten. Eine Aushülfe gewährte das einfache pignus, aber dieſes gab dem Gläubiger

eine geringere, unter Umſtänden nur eine ſehr prekäre Sicherheit; überdem war auch dieſes in Beziehung auf ſeine Gegenſtände beſchränkt genug, es erſtreckte ſich nur auf Sachen. Ferner waren dieſe Verpfändungen mit Uebertragung des Eigenthums oder Beſitzes mehr auf Schulden berechnet, deren baldige Tilgung beabſichtigt war, ſie mußten unangemeſſen erſcheinen, wo eine längere Benutzung des Capitals durch den Schuldner in der Intention der Parteien lag [a]). Endlich unterlagen beide Verpfändungen noch einer zweifachen Beſchränkung, wodurch der Schuldner unnöthig beengt, ja dieſes Sicherungsmittel unter Umſtänden unbrauchbar werden konnte. Einmal konnte nicht dieſelbe ganze Sache Mehreren verpfändet werden, hatte jemand ein Grundſtück für eine Schuld, die vielleicht nicht den zehnten Theil ſeines Werths erreichte, zum Pfand gegeben, ſo hatte es aufgehört, für ihn ein Creditmittel zu ſeyn; die Möglichkeit der Verpfändung eines quoten Theils war nicht überall ein paſſendes Auskunftsmittel. Die zweite Unbequemlichkeit beſtand darin, daß nur eine ſpecielle Verpfändung einzelner Sachen möglich war, weder Eigenthum noch Beſitz kann durch eine Erklärung, welche die Gegenſtände nur collectiv bezeichnet, übertragen werden, noch weniger an Gegenſtänden, deren ſpecielle Bezeichnung jetzt gar nicht einmal möglich wäre, da es erſt von einem künftigen Umſtand abhängt, welche unter den gebrauchten Gattungsbegriff fallen werden. Es ergaben ſich aber Verhältniſſe, in denen allein eine generelle Verpfändung genügen konnte. Denken wir uns, daß ein Pächter, der ſein ganzes Vermögen zum Betrieb der Pachtung verwendet, für den Pachtzins Sicherheit ſtellen ſoll. Sein Inventarium war vielleicht am Anfang des Pachts ſehr gering, es vermehrte ſich erſt mit der Dauer ſeines Geſchäftsbetriebs; das Object aber des durch Fiducia oder Tradition

---

a) So erklärt ſich die lucrativa usucapio, die dem Schuldner geſtattet ward Gai. II. 60, ſ. §. 239 bey Note ii.

beſtellten Pfandrechts waren lediglich die am Anfang der Wirthſchaft zuſammengebrachten Sachen, und von dieſen ſelbſt war vielleicht zu der Zeit, wo das Pfandrecht endlich zur Geltendmachung kam, in Folge der natürlichen Abnutzung wenig mehr vorhanden. Wir werden ſehen, daß gerade für dieſen Fall die neue Verpfändungsweiſe, die nun näher betrachtet werden ſoll, zuerſt eingeführt wurde.

In jeder Verpfändung liegt die Uebereinkunft, daß der verpfändete Gegenſtand dem Gläubiger für die Forderung haften, und (wenigſtens wenn das Pfandrecht ſeinen vollen Inhalt hat) von ihm ſoll verkauft werden können, im Fall er nicht befriedigt wird. Nach altem Recht erhielt dieſe Uebereinkunft eine Wirkung erſt durch das Hinzukommen der Eigenthums- oder Beſitzübertragung. Die Hypothek, dieſe neue Verpfändungsart, von der jetzt die Rede iſt, beſteht nun darin, daß ſchon jene Uebereinkunft für ſich (conventio de pignore) hinreichen ſoll, dem Gläubiger das Pfandrecht zu geben[b]). Sein Recht iſt alſo weder Eigenthum noch Beſitz; wie war es zu beſtimmen, um dem Gläubiger die Befugniſſe und Vortheile zu gewähren, auf die es bey der Verpfändung abgeſehen iſt?

Das Pfandrecht ſoll dem Gläubiger vor allem die Möglichkeit des Verkaufs geben. Dieſe verſchafft ihm die Fiducia durch das Eigenthum, Eigenthümer aber ſoll er bey der Hypothek nicht werden; am nächſten lag, ein ius in re aliena anzunehmen, in das jener Inhalt gelegt, und das dadurch zum Pfandrecht gemacht wurde. Das Recht des Verkaufs iſt ein Beſtandtheil des Eigenthums, und es war gerade um dieſes Beſtandtheils willen, daß dem Gläubiger bey der fidu-

---

b) L. 1 D. de pign. act. (13, 7) L. 4 D. de pignoribus et hypothecis (20, 1): Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae —. L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3).

ciariſchen Verpfändung das Eigenthum übertragen wurde; das Mittel gieng hier inſofern, d. h. wenn wir nur dieſen Zweck des Verkaufsrechts ins Auge faſſen, über ſeinen Zweck hinaus. Es reichte für dieſen hin, dem Gläubiger nur dieſen beſonderen Beſtandtheil des Eigenthums zu übertragen, und dieß geſchah, wenn man ihm ein ius in re mit dieſem Inhalt conſtituirte, ſo wie man ſchon nach bisherigem Recht, um jemanden z. B. den ususfructus zu verſchaffen, nicht nöthig hatte, ihm das Eigenthum mit Fiducia (der Verpflichtung finito usufructu zu remancipiren) zu geben, ſondern ihm dieſen Beſtandtheil des Eigenthums für ſich als ius in re (ius ususfructus) geben konnte. Die Eigenſchaft des Pfandrechts als ius in re iſt auf ganz natürliche Weiſe aus der fiducia hervorgegangen[c]).

---

c) Die römiſchen Juriſten ſtellen das Pfandrecht mit andern iura in re zuſammen L. 30 D. de noxal. act. (9, 4): — si domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß bey der Beſtimmung des Pfandrechts als ius in re eine Sache als ſein Gegenſtand vorausgeſetzt wird. Dieſer Fall iſt bey der Hypothek nicht der einzige, aber er iſt ſtets der Normalfall geblieben. — In der neuſten Zeit haben manche Juriſten geglaubt, der Umſtand daß die Verpfändung eine obligatio rei heiße, daß ſie eine Haftung der Sache für eine Forderung conſtituire, ſtehe in Widerſpruch mit der Eigenſchaft des Pfandrechts als ius in re, d. h. alſo ein ius in re könne jenen Inhalt nicht haben (was auf einen irrthümlichen, einſeitig nach den Perſonalſervituten zugeſchnittenen Begriff der iura in re hinausläuft), oder ſie haben wenigſtens behauptet, das römiſche Recht behandle es nicht als ius in re. Die Argumente für dieſe Behauptung ſind unglaublich ſchwach (eines der vornehmſten iſt das Wort obligatio für die Verpfändung — ganz ſo wie die Gloſſatoren meinten, weil longi temporis praescriptio eine pr. x vel xx annorum bedeutet, müſſe auch longa consuetudo eine zehn= oder zwanzigjährige Gewohnheit ſeyn), das poſitive Reſultat indeſſen iſt wo möglich noch bedenklicher. Einer dieſer Juriſten beſtimmt das Pfandrecht als

Der weiteren Aufgabe, dem Pfandgläubiger das Befriedigungsobject zu ſichern, theils gegen Diſpoſitionen des Verpfänders, theils gegen die Anſprüche anderer Gläubiger auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners, genügt ebenfalls das ius in re. Zwar iſt die Sache nicht gänzlich aus dem Vermögen des Schuldners herausgenommen, alſo der Diſpoſitionsbefugniß deſſelben und den Gütern, aus denen die Gläubiger mittelſt der Miſſio ihre Befriedigung ſuchen, nicht abſolut entzogen, wie bey der fiduciariſchen Verpfändung. Aber das Recht des Verkaufs zum Behuf der Befriedigung, das dem Gläubiger als ius in re eingeräumt iſt, kann ihm weder durch Diſpoſitionen des Schuldners, noch durch die bonorum venditio von Seiten der Gläubiger entzogen werden[d]).

CCL. Die Entſtehung der Hypothek bewirkte eine Re-

---

eine Forderung gegen die Sache, die hier der Schuldner ſey, und nennt das ein „dingliches Forderungsrecht" (Büchel über die Natur des Pfandrechts 1833, civilrechtl. Erört. I. 2), ohne ſich durch die darin liegende Corruption des Begriffs der Forderung, und die damit verbundene Erhebung der Sachen zu Perſonen irren zu laſſen; ein zweiter (Mühlenbruch Lehrb. des Pand. R. §. 299) fügt, um ſicher zu gehen, dieſem Begriff den älteren (Recht an der Sache) hinzu, unbekümmert über die Verträglichkeit dieſer beiden Prädicate; ein dritter (Sintenis Handbuch des Pfandrechts 1836) nennt es ebenfalls ein dingliches Forderungsrecht, aber in der Art, daß jeder Beſitzer des Pfands der Schuldner ſey, dieſe Beſtimmung hat den Vorzug vor jenen, eine juriſtiſch mögliche zu ſeyn (wie es denn im deutſchen Recht ſolche Rechte giebt), aber ſie iſt eine unrömiſche; man darf ſie übrigens als den erſten Schritt der Rückkehr zur richtigen Anſicht begrüßen, zu der ſich ihr Urheber vielleicht entſchließen wird, wenn er erwägt, daß der einfache Begriff: Recht an der Sache, vollkommen fähig iſt, den Inhalt des Pfandrechts in ſich aufzunehmen (bey den deutſchen Reallaſten iſt es nicht ſo), und daß es daher (für die Römer und für uns) ganz unnöthig war, eine ſo künſtliche Form für daſſelbe zu erfinden.

d) §. 243 Note a. L. 18 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

form des Pfandrechts, die nicht vollſtändiger gedacht werden kann. Seine Natur ſtellt ſich hier in ihrer Reinheit dar, es iſt ein eignes Recht geworden, das ſeine Wirkungen nicht von einem andern, mit dem es in Verbindung zu ſetzen wäre, entlehnt, der hypothekariſche Gläubiger iſt Pfandgläubiger, ohne Eigenthümer oder Beſitzer zu ſeyn. Im Einzelnen wird die Reform vornehmlich in Beziehung auf die Gegenſtände, auf die Entſtehung des Pfandrechts, auf die Möglichkeit einer mehrfachen Verpfändung ſichtbar. Dieß wird ſich aus der folgenden Darſtellung ergeben.

1) Die augenſcheinlichſte Folge der neuen Verpfändungsweiſe war die Erweiterung des Kreiſes der pfandbaren Gegenſtände. Da nun ein Pfandrecht ohne Ueberlieferung des Eigenthums oder Beſitzes möglich war, ſo erſtreckte ſich dieſes Sicherungsmittel von jetzt auf alles, was als Befriedigungsobject betrachtet, was verkauft werden kann: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest[a]). Was die Sachen anlangt (die auch für die Hypothek der vornehmſte Gegenſtand ſind), ſo brauchen ſie nicht, wie bey der Fiducia, im quiritiſchen Eigenthum des Verpfänders zu ſeyn, es iſt genug, wenn er ſie in bonis hat, wenn man ſie zu ſeinem Vermögen rechnen kann, und dafür gilt hier ſchon, daß er eine perſönliche Klage hat, mit welcher er die Erwerbung der Sache fordern kann[b]), und wenn er nur Uſucapionsbeſitzer war, ſo wird der Gläubiger gegen alle die geſchützt, gegen welche ſein Verpfänder mit der actio publiciana durchdringen würde[c]). Ja auch eine fremde Sache kann verpfändet werden unter der Bedingung, daß der Ver-

---

a) L. 9 §. 1 D. de pignor. (20, 1).

b) L. 6 C. si aliena res pignori data sit (8, 16) L. 1 pr. D. de pignor. (20, 1).

c) L. 18 D. eod.

pfänder ſie erwerben würde[d]). Aber nicht bloß Sachen, ſondern auch Rechte können hypothekariſch verpfändet werden, ſolche nämlich, die eine Veräußerung durch den Gläubiger, entweder ihrer ſelbſt (wie Superficies und Emphyteuſis), oder ihrer Ausübung (wie Uſusfructus, Forderung) zulaſſen[d*]). Die Natur des Pfandrechts an ſolchen Rechten richtet ſich nach der Beſchaffenheit dieſer Rechte ſelbſt, die Rechtsmittel des Gläubigers ſind denen des Verpfänders, dem dieſe Rechte zuſtehen, analog[e]). Die Verpfändung einer Forderung (nomen pignori datum) giebt dem Pfandgläubiger das Recht, die Klage des Verpfänders gegen den Schuldner deſſelben anzuſtellen, und wenn es eine Geldforderung iſt, ſich unmittelbar auf dieſem Wege zu befriedigen, wenn ſie einen andern Gegenſtand hat, dieſen als Pfand zu haben, — oder auch die Forderung ſelbſt zu verkaufen, um ſich aus dem Kaufpreis bezahlt zu machen[f]), mit einem Wort, die Verpfändung wird

---

d) L. 15 §. 1 L. 16 §. 7 D. eod. Der Umſtand allein, daß der Verpfänder hinterdrein Eigenthümer wird, oder der Eigenthümer des Verpfänders Erbe, giebt dem Gläubiger nicht ſchlechthin ein Pfandrecht, aber er wird allerdings gegen alle die als Pfandgläubiger auftreten können, deren Einwand, daß die Verpfändung vom Nichteigenthümer geſchehen ſey, er als eine doloſe Ausflucht zurückzuweiſen vermag, wie z. B. wenn der Verpfänder ſelbſt, der (und ſofern er) ihm dafür haften muß, daß er zur Verpfändung berechtigt war, das Pfandrecht abläugnen wollte, weil er damals noch nicht Eigenthümer geweſen ſey L. 1 pr. 21 §. 1 L. 22 eod. L. 41 D. de pign. act. (13, 7) L. 5 C. si aliena res p. (8, 16).

*d**) (Unter den Servituten jedoch nur die perſönlichen und ruſticalen, nicht die Häuſerſervituten L. 11 §. 2 — L. 12 pr. D. de pign. (20, 1). Der Grund iſt, weil nur dort Interdicte vorkommen §. 230. R.)

e) L. 16 §. 2 L. 17 D. de pign. act. (13, 7).

f) L. 18 pr. D. eod. L. 20 D. de pignor. (20, 1) L. 4 C. quae res pignori obligari poss. (8, 17) L. 7 C. de hered. vel act. vend. (4, 39).

als eine Ceſſion der Forderung behandelt, ſie macht den Pfandgläubiger zum Procurator des Verpfänders zu dem Behuf, ſeine Befriedigung in dieſer Eigenſchaft zu ſuchen[g]). Iſt das nomen mit einem Pfandrecht verſehen, ſo kann nicht bloß die perſönliche, ſondern auch die hypothekariſche Klage verpfändet werden, und in gleicher Weiſe kann die letztere für ſich Gegenſtand der Verpfändung ſeyn, d. h. der Verpfänder kann ſeinem Gläubiger das Recht einräumen, ſeine Befriedigung durch die jenem wegen einer Forderung zuſtehende hypothekariſche Klage eben ſo zu ſuchen, wie der Verpfänder ſelbſt es thun könnte, er cedirt ihm die Klage für dieſen Fall. Dieß iſt das pignus pignori datum, das man auch Afterpfand und Subpignus (nach der nicht paſſenden Analogie von Aftermiethe, sublocatio) genannt hat[h]). Zu allen dieſen Gegenſtänden, Sachen und Rechten, die der hypothekariſchen Ver-

---

g) Zu Ulpian's Zeit machte man von dieſer Möglichkeit eines Pignus Nominis auch ſchon für die pignoris capio zur Vollſtreckung einer richterlichen Sentenz Gebrauch, ſo daß die Behörde die nomina pignoris iure capta entweder beitrieb oder verkaufte, doch wurde dieß nur in Beziehung auf eingeſtandene Forderungen, und in Ermangelung anderer Objecte zugelaſſen L. 15 §. 8—10 D. de re iudic. (42, 1) Cod. IV. 15: quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat.

h) Cod. VIII. 24: si pignus pignori datum sit. L. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) L. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1) L. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Weil in dieſen Stellen der Ausdruck gebraucht wird: rem pignoratam pignori accipere u. ähnl., hat man das Recht des Afterpfandgläubigers für ein Pfandrecht an der Sache ſelbſt wie das erſte gehalten, von welchem Geſichtspunkt aus eine richtige Beſtimmung ſeines Verhältniſſes wenigſtens mit Conſequenz nicht möglich iſt. Jener Ausdruck empfahl ſich durch ſeine Kürze, und es iſt nicht einmal zugegeben, daß er dieſes Mißverſtändniß entſchuldigt, denn näher betrachtet führt auch er zu dem obigen Reſultat: es verpfändet jemand die ihm verpfändete Sache, d. h. ſofern ſie ihm verpfändet iſt, mithin ihre Eigenſchaft als Pfand, alſo das Pfandrecht an derſelben, und ſeine Geltendmachung durch die actio hypothecaria.

pfändung fähig ſind, kommen endlich auch noch die künftigen, die jetzt noch gar nicht exiſtiren. Wenn künftige Erzeugniſſe verpfändet werden, ſo beſteht ſchon jetzt das Pfandrecht an der Hoffnung ihrer Entſtehung, wenn nur die erzeugende Sache ſchon dem Verpfänder gehört (denn außerdem iſt es eine bloße Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen, die ein Pfandrecht erſt mit der Erwerbung bewirkt), ein Pfandrecht, das mit ihrer Entſtehung, vorausgeſetzt daß ſie ins Eigenthum des Verpfänders kommen, in eines an den Sachen ſelbſt übergeht[i]).

2) Die Begründung des Pfandrechts durch bloße Uebereinkunft (§. 249 Note b) hat auf Entſtehungsarten deſſelben geführt, an die man im ältern Recht nicht denken konnte. Was den hypothekariſchen Vertrag ſelbſt anlangt, ſo kann dieſer nicht bloß über eine ſpeciell bezeichnete Sache geſchloſſen werden (conventio specialiter facta, specialiter obligatum), ſondern auch über Sachen, die nur durch eine Collectivbezeichnung angegeben werden z. B. invecta et illata, bona mea (obligatio generalis, conventio generalis), ſo daß die unter das genannte Genus fallenden Sachen eben ſo wirkſam dem Pfandrecht unterworfen ſind, als wenn ſie ſpeciell aufgeführt wären[k]). Was unter der generalis obligatio begriffen iſt,

---

i) L. 1 §. 2 L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1) L. 11 §. 3 D. qui potior. (20, 4).

k) S. z. B. L. 1 pr. 6. 8. 15 §. 1 D. de pignor. (20, 1) L. 2. 11 §. 2 D. qui potior. (20, 4). Juſtinian braucht die Ausdrücke specialis und generalis hypotheca in demſelben Sinn (hypotheca für den Vertrag) L. 9 C. quae res pignori (8, 17) L. 11 C. de remiss. pign. (8, 26). Daß er hier gerade die obligatio omnium bonorum quae habet quaeque habiturus est mit dem Namen generalis hypotheca bezeichnet, iſt zufällig, die Verpfändung der invecta et illata iſt nicht weniger generell als die aller Güter. Die Verpfändung einer universitas rerum z. B. einer Heerde iſt zugleich ſpeciell und generell, jenes n Beziehung auf die universitas ſelbſt, dieſes in Beziehung auf die

das hängt wenn ein Zweifel entſteht, von der Interpretation des Geſchäfts ab; einige Punkte ſind durch rechtliche Vorſchrift entſchieden. Die Verpfändung aller Güter ſoll von ſelbſt auch die künftig zu erwerbenden begreifen[l]), dagegen ſoll ſie nicht von den Sachen verſtanden werden, von denen anzunehmen iſt, daß der Verpfänder ſie ausgenommen haben würde, wenn er ſtatt jener collectiven Bezeichnung alle ſpeciell aufgezählt hätte, wie beſonders werthgehaltene oder zum täglichen Gebrauch beſtimmte Sachen[m]). Bey der Verpfändung eines Kauſladens oder eines ähnlichen Geſchäfts wird angenommen, daß ſie nur auf die Waaren gerichtet iſt, die zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts vorhanden ſind; die Ausdehnung auf alle, die irgend einmal ſeit der Verpfändung Beſtandtheile der Univerſitas waren, würde der Natur und Beſtimmung jener widerſprechen, der Kaufmann müßte ſein Geſchäft ſchließen, wenn er ſeine Waaren nur mit dem Onus des Pfandrechts verkaufen könnte, das iſt aber nicht die Intention der Verpfändung, die ja jenes Geſchäft zum Gegenſtand hat, alſo es nicht kann vernichten wollen[n]). Endlich iſt es ein eigenthümlicher Unterſchied zwiſchen ſpecieller und genereller Verpfändung, daß die letztere, ſo lange der Gläubiger nicht zur Geltendmachung ſeines Pfandrechts ſchrei-

---

einzelnen dazu gehörigen Sachen. So iſt es nicht bey einer Verpfändung des ganzen Vermögens, es giebt kein Pfandrecht an einem Vermögen als Ganzen, ſondern nur an den zu demſelben gehörenden Gegenſtänden, jener Ausdruck iſt alſo nur als eine Collectivbezeichnung zu verſtehen. — Die gewöhnliche Eintheilung des Pfandrechts in ſpecielles und generelles hat entweder einen Sinn, der außer den Worten liegt, oder gar keinen, es giebt ſo wenig ein generelles Pfandrecht als ein generelles Eigenthum.

l) L. 9 C. quae res pign. (8, 17).

m) L. 6—9 D. de pignor. (20, 1) Paul. V. 6, 16. L. 1 C. quae res pign. (8, 17).

n) L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1).

tet, die Manumiſſion eines Sclaven, der zu dem genannten Genus gehört, nicht hindert[o]).

Die Hypothek griff ferner auch in den Kreis der älteren Verpfändungen hinein, auch in dieſen iſt die Uebereinkunft, welche nun für ſich ſchon ein Pfandrecht begründet, enthalten, dieſes neue Pfandrecht mußte daher auch als ein Element der Fiducia und des Fauſtpfands erkannt werden. Dieß konnte bey der Fiducia wichtig werden, wenn in den Erforderniſſen der Mancipation etwas verſehen, dagegen allen Anforderungen des hypothekariſchen Vertrags genügt war; in jedem Fall aber wurde dadurch dem Fauſtpfandgläubiger ein Rechtsſchutz zu Theil, weit vollkommener, als den er bisher gehabt hatte. So wurde das pignus als Pfandrecht der Hypothek vollkommen gleich, es ſchließt eine Hypothek in ſich, was es mehr enthält, der Beſitz, iſt nur eine für die Eigenſchaft des Pfandrechts ſelbſt unweſentliche Zuthat geworden[p]).

Dieſe Behandlung des Fauſtpfandes als ius in re, die Anwendung der in rem actio von der Hypothek auf daſſelbe,

---

o) L. 2. 3 C. de servo pignori dato manumisso (7, 8) L. 6. 9 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2).

p) Dieß iſt der Sinn der L. 5 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. (Eine noch einfachere Erklärung hat Rudorff, Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. XIII. 4, von einer abweichenden hiſtoriſchen Grundanſicht des Pfandrechts aus, gegeben. Es gab von jeher zwey Verpfändungen: eine civile oder Rechtsverpfändung: die Fiducia, eine naturale oder Beſitzverpfändung: das Pignus. Die letztere geſchieht entweder durch Uebertragung des Beſitzes — dies heißt depositum pignus (Paul. II. 4. V. 26, 4. V. 5, 1. L. 36 D. de cond. indeb. (12, 6) oder durch conventionelle Geſtattung der Apprehenſion, dies heißt mit einem aus dem Griechiſchen entlehnten Kunſtausdruck hypotheca, die alt römiſche Bezeichnung iſt ebenfalls pignus, nur ohne den Zuſatz depositum, wofür etwa suppositum oder oppositum ſteht: Isidor. orig. V. 25 hypotheca est cum res aliqua commendatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. R.)

war von ſelbſt durch den Umſtand geboten, daß der hypothekariſche Vertrag auch in jener Verpfändung enthalten iſt. Aber man gieng noch weiter, man dehnte die Wirkung der Hypothek auf Fälle aus, denen keine Uebereinkunft zu Grunde lag, die alſo den Worten des prätoriſchen Edicts nach nicht auf jene Wirkung Anſpruch gehabt hätten. Am nächſten lag es, der Beſtellung des Pfandrechts durch Teſtament dieſelbe Wirkung, wie dem Vertrag beizulegen, Ulpian beruft ſich auf Reſcripte des Septimius Severus und Caracalla, die dieß beſtätigt haben[q]). Der Beſitz deſſen, welcher missio in possessionem erhalten hatte, war als pignus behandelt worden, es konnte nicht fehlen, daß man dieſem pignus praetorium auch die hypothekariſchen Wirkungen zuſchrieb (§. 248 Note d). Daſſelbe gilt von dem pignus in causa iudicati captum[r]).

Für den hypothekariſchen Vertrag iſt keine beſtimmte Form vorgeſchrieben[s]), er iſt daher auch als ſtillſchweigende Uebereinkunft möglich. Daran knüpfte ſich eine Ausdehnung des Pfandrechts, die bey den älteren Formen nicht möglich war. Was durch bloßen Vertrag, ohne daß mit der Sache ſelbſt etwas vorgieng, ja ohne ausdrückliche und wörtliche Erklärung geſchehen konnte, wo es dann Sache der Interpretation war, zu entſcheiden, ob die Abſicht auf eine Verpfändung gegangen ſey, das konnte man auch wohl, wo es gerecht und billig erſchien, unabhängig von dem Willen der Parteien, ipso iure, eintreten laſſen, es konnte mit gewiſſen Forderungen ein Pfandrecht durch Rechtsvorſchrift verbunden werden, gleichviel ob die Abſicht der Contrahenten darauf gerichtet geweſen oder nicht. Ein ſolches Pfandrecht beruht nicht auf Uebereinkunft,

---

q) L. 26 pr. D. de pign. act. (13, 7).

r) Antonin. L. 1 C. si in causa iud. (8, 23): — pignoris iure teneri — nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis.

s) L. 4 D. de pignor. (20, 1).

ſondern auf Rechtsvorſchrift, und man kann es daher geſetzliches Pfandrecht nennen, die Römer nennen es tacitum pignus, pignus tacite contractum, indem ſie es mit dieſer Bezeichnung an die urſprüngliche und regelmäßige Entſtehung durch Vertrag anknüpfen[t]). Schon zur Zeit der früheren römiſchen Juriſten war eine ſolche ſtillſchweigende Hypothek angenommen für den Vermiether eines praedium urbanum an den in die Wohnung eingebrachten Sachen des Miethers (invecta et illata) wegen der Forderung aus dem Miethcontract[u]). Der Verpächter eines praedium rusticum hat dieſes Recht nicht, er erhält an den invecta et illata nur durch Vertrag ein Pfandrecht, dieſer Vertrag wurde nun der Regel nach auch auf die Früchte (ibi nata) erſtreckt[v]), aber wenn dieß auch nicht geſchehen war, ſo wurde ſtillſchweigend ein Pfandrecht an denſelben angenommen[w]). Nach einem Senatusconſult unter Marc Aurel (§. 232 Note b) ſoll der Darleiher für die Wiederherſtellung eines Gebäudes an dieſem eine ſtillſchweigende Hypothek haben[x]). Wenn jemand mit dem Geld eines Pupillen Sachen für ſich angeſchafft hat, ſo hat der Pupill wegen des Erſatzes ein geſetzliches Pfandrecht an dieſen Sachen[y]). Unter Caracalla trat auch der Fiscus, ſowohl

---

t) Dig. XX. 2. Cod. VIII. 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

u) L. 2—4. 6. 7 §. 1 L. 9 D. eod. Juſtinian verordnet, daß dieſer Rechtsſatz nicht bloß in Rom und Conſtantinopel und ihrem Weichbild, ſondern im ganzen Reich gelten ſoll L. 7 C. eod.

v) L. 11 §. 2 D. qui potior. (20, 4).

w) L. 7 pr. D. in quib. caus. p. tac. (20, 2). Dieß gilt von den Früchten des Grundſtücks, die Erzeugniſſe der eingebrachten Sachen (partus ancillarum und animalium) ſind unter den invecta et illata ſelbſt begriffen, der partus pignoris folgt der Mutter (vorausgeſetzt daß er ins Eigenthum des Verpfänders kommt) L. 1 C. de partu pignoris (8, 25) L. 29 §. 1 D. de pignor. (20, 1).

x) L. 1 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2).

y) L. 7 pr. D. qui potior. (20, 4) L. 6 C. de servo p. dato (7, 8).

wegen der öffentlichen Abgaben als wegen ſeiner Contracts-forderungen, in die Reihe der geſetzlichen Pfandgläubiger, und zwar auf bis dahin bey den ſtillſchweigenden Hypotheken unerhörte Weiſe, nämlich mit einem Pfandrecht an allen Gütern ſeiner Schuldner[z]). Auf dieſem Weg, geſetzliche Pfandrechte an allen Gütern zu geben, fahren die ſpäteren Geſetzgeber fort, jeder, welchem dieſe oder jene Forderung eine beſondere Begünſtigung zu verdienen ſcheint, iſt mit einer ſolchen ſtillſchweigenden Hypothek bey der Hand, unbekümmert, wie weit das führen könne, wenn man allen Forderungen gleichen Anſpruchs auf Begünſtigung ein gleiches Recht einräumen wollte, und unbekümmert um den nachtheiligen Einfluß, den eine große Anzahl ſolcher ſtillſchweigender Hypotheken auf den Credit der Unterthanen und den Zweck des Pfandrechtsinſtituts hat. So wurde zunächſt den Unmündigen, Minderjährigen und Wahnſinnigen eine ſtillſchweigende Hypothek an allen Gütern der Vormünder wegen der Vormundſchaftsforderungen gegeben, dann den Kindern an dem Vermögen der Eltern wegen ihrer Anſprüche hinſichtlich gewiſſer Güter, die in der Verwaltung derſelben ſind, der Ehefrau an dem Vermögen des Manns wegen des Heirathsguts und einiger anderer Anſprüche, den Vermächtnißnehmern an den Erbgütern des mit dem Vermächtniß Onerirten, der Kirche an dem Vermögen des Emphyteuta wegen Deterioration der Emphyteuſis u. ſ. f.[aa]).

---

z) L. 1. 2 C. in quib. caus. p. tac. (8, 15). Daher ſagt Hermogenian L. 46 §. 3 D. de iure fisci (49, 14): fiscus semper habet ius pignoris, doch machen die Strafforderungen eine Ausnahme L. 17 D. eod. Vor jener exorbitanten Maßregel half man ſich bey den Grundabgaben damit, ſie für ein Onus des Grundſtücks zu erklären, und unter dieſem Titel die Rückſtände von dem Nachfolger beizutreiben; ſo verfügten Marc Aurel und Verus L. 7 pr. D. de publican. (39, 4).

aa) Die Entſtehungsarten des Pfandrechts laſſen ſich für das neuere Recht ſo zuſammenfaſſen. Es kann entſtehen 1) durch den dar-

3) Ein eigenthümlicher Vorzug und Nachtheil der Hypothek iſt die Möglichkeit einer Mehrheit von Pfandrechten an demſelben Gegenſtand; ein Vorzug, inſofern ſie dem Eigenthümer geſtattet, von dem Credit, den ihm der Werth ſeines Guts giebt, vollſtändig Gebrauch zu machen, ein Nachtheil, indem ſie auf der andern Seite jenen Credit ſchmälert, denn ſie fügt zu dem Werth des Guts und dem Recht des Verpfänders, deſſen der Creditgeber gewiß ſeyn muß, noch eine weitere Bedingung hinzu, von der ſeine Sicherheit abhängt, nämlich daß der Werth nicht durch andere Pfandrechte ſchon erſchöpft iſt. Ob und wie weit aber das Gut ſchon verpfändet iſt, das iſt äußerlich nicht erkennbar, die Formloſigkeit der Verpfändung macht es um ſo ſchwieriger, ſich davon Kenntniß zu verſchaffen. Indirect iſt gegen dieſen Uebelſtand gewirkt durch Strafandrohung gegen einen Schuldner, der eine Sache weiter verpfändet, ohne dem neuen Gläubiger von der früheren Verpfändung Kenntniß zu geben, er wird als Betrüger einer criminellen Anklage unterworfen[bb]); eine directe Sicherung des Gläubigers enthält dieſe Maßregel nicht, und iſt überdieß nicht anwendbar in Beziehung auf Pfandrechte, deren Exiſtenz der Verpfänder ignoriren kann, wie z. B. geſetzliche und ſolche, die von ſeinem Vorgänger herrühren.

Wenn Mehrere ein Pfandrecht an derſelben ganzen Sache haben, ſo können dieſe Pfandrechte einander vollkommen

---

auf gerichteten Willen deſſen, dem der Gegenſtand gehört, entweder durch Vertrag (pignus conventionale), theils verbunden mit dem Beſitz (pignus im eigentlichen Sinn und ἀντίχρησις), theils ohne dieſen (hypotheca), oder durch letzten Willen (p. testamentarium), alle dieſe Fälle begreift man durch den Ausdruck p. voluntarium; 2) ohne ſeinen Willen, entweder durch einen richterlichen Act, dahin gehört das (mit der Detention verbundene) p. praetorium, ferner das pignus in causa iudicati captum, oder durch Rechtsvorſchrift, hypotheca tacita, alle dieſe Fälle faßt man unter dem Wort p. necessarium zuſammen.

bb) L. 36 §. 1 D. de pign. act. (13, 7).

gleichſtehen, ſo daß keiner gegen den Andern ſein Recht geltend machen kann, und daher der Beſitzende das wirkſame Pfandrecht hat[cc]). Dieß iſt aber der ſeltnere Fall, welcher nur eintritt, wenn keiner der beiden Gründe, die einem Pfandrecht vor dem andern einen Vorzug (Priorität) geben können, wirkſam wird[dd]). Was zunächſt den Inhalt dieſes Vorzugs anlangt, ſo gewährt die Priorität 1) das Recht über den Verkauf des Pfands zu entſcheiden, alſo ihn zu beſchleunigen oder zu verzögern, 2) das Recht ſich zuerſt aus dem erhaltenen Preis zu befriedigen, deſſen Ueberſchuß erſt den nachſtehenden Gläubigern zufällt. Der nachſtehende Pfandgläubiger hat indeſſen ein Mittel, ſich das Recht des vorgehenden, auch wider deſſen Willen, und dadurch namentlich jenen erſten Vortheil zu verſchaffen (was z. B. wichtig ſeyn kann, wenn der Umſtand, ob jetzt oder ſpäter zum Verkauf geſchritten wird, auf den zu erlangenden Preis Einfluß hat); dieſes Mittel iſt das ius offerendae pecuniae, es beſteht darin, daß er den vorſtehenden befriedigt, wodurch er für dieſe Summe in ſeine Stelle einrückt, wie wenn jener ihm freiwillig ſeine Forderung mit dem Pfandrecht cedirt hätte[ee]); wegen ſeiner eigenen Forderung bleibt der Offerent an der bisherigen Stelle, in Beziehung auf ſie verbeſſert er ſeine Lage nur durch den Vortheil, der ihr aus dem früheren oder ſpäteren Verkauf des Pfands erwachſen kann[ff]).

---

cc) L. 10. 16 §. 8 D. de pignor. (20, 1).

dd) Dig. XX. 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. VIII. 18: qui potiores in pignore habeantur. 19: de his qui in priorum creditorum locum succedunt.

ee) L. 11 §. 4. D. qui pot. (20, 4) L. 1. 5 C. eod. (8, 18). Das pignus in causa iudicati captum hat das Vorrecht, daß die Oblation nicht vor dem Verkauf zu geſchehen braucht, ſondern ſofort zum Verkauf geſchritten werden kann, vorausgeſetzt nur, daß der ältere Gläubiger aus dem Kaufpreis ſeine Befriedigung erhält L. 15 §. 5 D. de re iud. (42, 1).

ff) So giebt es noch andere Fälle, wo jemand in die Stelle eines

Für die Priorität iſt es gleichgültig, ob das Pfandrecht Hypothek oder eigentliches Pignus iſt, eben ſo giebt die Entſtehungsart keinen Vorzug, das geſetzliche oder durch eine richterliche Verfügung entſtandene Pfandrecht iſt an ſich nicht beſſer als das pignus voluntarium und umgekehrt, und auch ob die Verpfändung eine ſpecielle oder generelle war, macht keinen Unterſchied[gg]). Vor allem wird die Priorität durch das Alter beſtimmt, das ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor[hh]). Darum iſt der Zeitpunkt der Entſtehung von großer Wichtigkeit; er beſtimmt ſich dadurch daß die Exiſtenz des Pfandrechts von drey Momenten abhängt: der Forderung, für die es beſtimmt, dem Gegenſtand, der dem Pfandrecht unterworfen iſt, und dem Grund, auf dem es beruht. Erſt mit der Exiſtenz aller dieſer Momente beſteht das Pfandrecht, nicht früher. Was den Entſtehungsgrund anlangt, ſo entſteht das geſetzliche Pfandrecht ohne einen beſonderen Act in dem Augenblick, wo die beiden erſten Momente exiſtiren, das pignus praetorium, indem der Gläubiger in den Beſitz gelangt[ii]), das pignus in causa iudicati captum durch die Vollſtreckung des Befehls, alſo die wirkliche Auspfändung[kk]). In Beziehung auf den Gegenſtand kann das Pfandrecht nie früher datirt werden, als von dem Zeitpunkt, wo er ins Vermögen des Verpfänders kommt (vgl. aber Note b und i), und bey einer generellen Verpfändung von ſeinem Eintritt in das Genus. So beginnt das Pfandrecht aus der Verpfändung der invecta illata erſt in dem Augenblick, wo die Sache eingebracht worden iſt[ll]),

Pfandgläubigers einrückt, wie wenn dieſer Forderung und Pfandrecht cedirt hätte, obgleich eine Ceſſion wirklich nicht geſchehen iſt. Vgl. unten §. 251 Note hh. ii.

gg) L. 6 C. qui pot. (8, 18) L. 2. 7 §. 1 D. eod. (20, 4).

hh) — sicut prior es tempore, ita potior es iure L. 4. 8 C. L. 11 pr. D. eod.

ii) L. 26 §. 1 D. de pign. act. (13, 7).

kk) L. 10 D. qui potior. (20, 4).

ll) L. 11 §. 2 D. eod.

und aus einer Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen mit dem Augenblick der Erwerbung, hat jemand daher ſein Vermögen zweien zu verſchiedenen Zeiten verpfändet, ſo ſind ſie hinſichtlich der nachher erworbenen Sachen gleichzeitige Pfandgläubiger[mm]).

Dieſer Vorzug des Alters erſcheint da als unbillig, wo durch den Credit des neuen Gläubigers das Object ſelbſt erhalten worden iſt; der Pfandgläubiger cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam, der alſo z. B. zur Wiederherſtellung der Sache Geld geliehen hat, geht nach dem Verhältniß ſeines Antheils an dem jetzigen Zuſtand der Sache den älteren vor. Um ſo mehr den gleichzeitigen, wenn er zur Anſchaffung der Sache geliehen hat, die mit ihrer Anſchaffung ſeinem und dem Pfandrecht ſolcher, denen vorher ſchon das Vermögen verpfändet war, unterworfen wird[nn]). Bey dieſem in der Natur der Sache gegründeten Vorzug blieben die Ge=

---

mm) L. 7 §. 1 D. eod. L. 28 D. de iure fisci (49, 14). Auf den erſten Anblick ſcheint L. 21 pr. D. qui potior.(20, 4) eine Abweichung von dieſem Princip zu erhalten: 1) A werden alle Güter, gegenwärtige und künftige, verpfändet; 2) ſpäter eben ſo B; 3) nachher erfolgt eine Novation der Forderung des A, mit Wiederholung der Verpfändung. Streng genommen wäre das Pfandrecht des A das jüngere, ſein älteres durch die Novation untergegangen L. 18 D. de novat. (46, 2). Aber die Novation wird ſo behandelt, als hätte er ſich ſelbſt ſein früheres Pfandrecht abgetreten, succedit in suum locum L. 3 pr. 12 §. 5 D. qui potior. (20, 4) L. 11 §. 1 D. de pign. act. (13, 7). Er hat alſo für die neue Forderung das frühere Pfandrecht, nicht bloß an den Sachen, die ſchon zur Zeit der erſten Verpfändung im Eigenthum des Schuldners waren, ſondern auch an den nachher erworbenen, „nachher": heißt dieß „bis jetzt", ſo iſt die Entſcheidung gegen jenes Princip, aber der Juriſt erklärt ſich darüber gar nicht, er wollte nur ſagen, das für die neue Forderung erhaltene Pfandrecht iſt nicht bloß das, welches in dem Zeitpunkt 1 ſchon wirklich beſtand, ſondern A hat aus 3 dieſelben Rechte, die er aus 1 hatte, ſein Pfandrecht an den vor und nach 1 erworbenen Sachen ſteht ſo, wie wenn 3 gar nicht eingetreten wäre.

nn) L. 5. 6. 21 §. 1 D. qui potior. (20, 4) L. 7 C. eod. (8 18).

ſetzgeber nicht ſtehen, ſie ſtellten noch andere privilegirte Pfandrechte auf. Das Pfandrecht des Fiscus wegen Contractsforderungen ſoll nur vor gleichzeitigen einen Vorzug haben[oo]), das wegen der öffentlichen Abgaben aber ſelbſt vor den älteren[pp]), und Juſtinian hat auch der geſetzlichen Hypothek der Frau an dem Vermögen des Manns ein ſolches Privilegium vor den älteren Pfandgläubigern gegeben[qq]).

Auf dem Punkt der Colliſion der Pfandrechte zeigte ſich, als die Verſchuldung namentlich des Landvolks zunahm, der gefährliche Einfluß der von den früheren Formen entkleideten Verpfändung recht ſichtbar. In dem kleinen Kreis, für den die hypothekariſche Verpfändung urſprünglich eingeführt war (§. 251), zeigten ſich nur Vortheile von dieſer Maßregel, auch ihre weitere Ausdehnung war anfangs von keinen erheblichen Nachtheilen begleitet. Als die Umſtände ſich änderten, als die Verpfändungen des ganzen Vermögens immer häufiger wurden, und ſich bey denſelben Schuldnern vervielfachten, da jeder Gläubiger der Sicherheit wegen und damit ihm im ſchlimmſten Fall etwas wenigſtens übrig bliebe, ſich ein ſolches ausgedehntes Pfandrecht zu verſchaffen ſuchte, als es ein gewöhnliches Ereigniß wurde, daß bey einem inſolventen Schuldner eine Anzahl von Gläubigern auf dieſelben Pfänder Anſprüche erhoben, und ſich unter einander Pfandrecht oder Vorzug beſtritten, da offenbarte ſich das Bedenkliche der ganz formloſen Entſtehung eines Rechts, das ſeine Wirkung nicht bloß unter den Paciſcenten, ſondern gegen Dritte zu äußern beſtimmt war. Wie keiner der ſpäteren Geſetzgeber das Unweſen der geſetzlichen Hypotheken zu mindern bedacht war, ſie vergrößerten es vielmehr, ſo wußte keiner durch Einführung einer paſſenden Form Uebelſtände zu beſeitigen oder zu verrin-

---

oo) L. 28 D. de iure fisci (49, 14).

pp) L. 1 C. si propter publ. pensit. (4, 46).

qq) L. 12 §. 1 C. qui potior. (8, 18).

gern, die zu ihrer Zeit mächtig genug hervortraten. Nur die Regierung Leo's I macht eine Ausnahme, unter der zwar keine durchgreifende Beſtimmung darüber gemacht, aber doch für einen Punkt wenigſtens eine Nachhülfe gewährt wurde [rr]). Contracte, verordnet Leo, ſollen dadurch, daß die Urkunde ohne Zuziehung anderer Perſonen aufgeſetzt worden iſt, an ihrer Wirkung nichts verlieren, ſofern die perſönliche Klage dadurch begründet werden ſoll. Soll aber durch eine ſolche Urkunde ein Pfandrecht begründet werden, ſo ſoll dieſes einem durch eine öffentliche Urkunde (instrumentis publice confectis), auch wenn dieſe ein ſpäteres Datum hat, ſchlechterdings nachſtehen, nur ſoll die Beiziehung und Unterſchrift von wenigſtens drey achtbaren Männern der Privaturkunde die Wirkung einer öffentlichen geben: tunc enim (idiochira) quasi publice confecta accipiuntur.

Hier iſt ſoviel gewiß, daß der formloſen Verpfändung die Wirkung nicht entzogen, ſondern nur gegenüber gewiſſen anderen Verpfändungen geſchmälert iſt. Ueber den poſitiven Inhalt des Geſetzes aber ſind zwey Anſichten möglich. Die eine iſt: das Geſetz iſt veranlaßt durch die Unſicherheit des Altersbeweiſes bey einer privatim und unter vier Augen geſchehenen Verpfändung, durch Einverſtändniß zwiſchen Verpfänder und Gläubiger kann der Pfandvertrag zurückdatirt werden. Darum hat der Kaiſer feſtgeſetzt, wenn ein Gläubiger das Alter ſeines Pfandrechts durch ein instrumentum publicum vel quasi beweiſt, der andere dieß nicht vermag, ſo ſoll jenes den Altersvorzug haben. Dieſer Anſicht ſteht entgegen, daß die Beſchränkung auf die Altersfrage nicht aus dem Geſetz hervorgeht, daß vielmehr ſelbſt der Gegenſatz zur Geltendmachung der Forderung (bey der das Alter keine Rolle ſpielt) auf ein

---

rr) Es iſt ein Geſetz von 469: L. 11 C. qui potior. (8, 18), von dem ein anderes Stück (über die Stipulationsformen) L. 10 C. de contr. stipul. (8, 38) vorkommt.

beiden Fällen gemeinſames Moment deutet, und dieß kann kein anderes ſeyn als die Exiſtenz der Verpfändung ſelbſt nebſt Umfang (nicht bloß ihr Alter): das durch ein instrumentum publicum vel quasi begründete Pfandrecht (ſ. g. pignus publicum, quasi publicum) geht ſchlechthin dem ſ. g. pignus privatum vor, weil ſeine Exiſtenz ſelbſt beglaubigter iſt, als die des letzteren; dieß iſt die zweite Anſicht. Nach dieſer zweiten Anſicht tritt der Vorzug daher nicht bloß da ein, wo ſonſt unter zwey Pfandrechten das Alter entſcheiden würde, ſondern auch das privilegirte pignus privatum weicht dem nichtprivilegirten p. publicum. Hier entſteht aber erſt noch die Frage, ob ſich dieſer Grund des Vorzugs auf die Colliſion aller Pfandrechte erſtrecke. Das Geſetz ſpricht offenbar bloß von dem durch Vertrag begründeten Pfandrecht, nur iſt es auch von dem ſtillſchweigenden zu verſtehen, wenn die mit geſetzlichem Pfandrecht verſehene Forderung auf Vertrag beruht, gegenüber anderen Pfandrechten entſcheiden die gewöhnlichen Regeln des Alters und Privilegiums[ss]).

CCLI. 4) Die Klagen aus dem Pfandrecht, die nun angegeben werden ſollen, führen uns auf die Geſchichte der Hypothek zurück. Nicht auf einmal hat dieſes Inſtitut die Wir-

---

ss) Z. B. Der Eigenthümer des Grundſtücks hat dieſes dem A in einer Privaturkunde verpfändet, ſpäter hat er die Vormundſchaft über B übernommen, zuletzt hat C von ihm eine Hypothek durch ein instrumentum publicum erhalten. Die Rangordnung dieſer drey Pfandgläubiger wäre abgeſehen von dem leoniſchen Geſetz: A, B, C. Nach dieſem Geſetz ſoll C dem A vorgehen, in Beziehung auf die Stellung des B ändert das Geſetz nichts. Setzen wir nun, die Forderung des A beträgt 1000, die des B 2000, die des C ebenfalls 2000, ſo iſt nun C mit 1000 der erſte Gläubiger (an der Stelle des A), B der zweite, C mit ſeinen übrigen 1000 der dritte, A der vierte. Dieſer Ausweg wird in L. 16 D. qui potior. (20, 4) für den Fall, daß C den Vorrang vor A durch res iudicata erlangt hätte, verworfen, weil er ſich auf dieſen Vorrang nicht gegen B berufen kann, für den die res iudicata keine Wirkung hat; dieſer Einwand ſteht hier nicht entgegen, wo der Vorrang ſich auf ein Geſetz gründet.

kung und die ausgedehnte Anwendung erhalten, in der es bisher dargeſtellt worden iſt.

Die erſte Einführung der Hypothek erinnert an die verſchiedenartigen Verſuche, die ſeit dem liciniſchen Geſetz gemacht wurden, den ärmeren Theil des Volks dem Landbau zu erhalten oder zurückzugeben (B. I §. 57. 72). Sey es aus eigenem Ermeſſen oder auf äußeren Antrieb irgend einer Art, ein Prätor ſetzte in ſein Edict, der Pächter ſolle dem Verpächter durch bloßen Vertrag das was er in das Gut einbringen werde, invecta illata, für den Pachtzins verpfänden können[a]). Wir finden für dieſen Fall zwey Rechtsmittel von dem Prätor gegeben, mit denen der Gläubiger den Beſitz des Pfands um es zu verkaufen, ſich verſchaffen kann, ein interdictum adipiscendae possessionis und eine in rem actio, ſicher dürfen wir annehmen, daß jenes das frühere war, zu deſſen Einführung nach dem letzteren ſchwerlich ein Bedürfniß ſich gezeigt haben würde.

Wenn der Prätor ſeinen neuen Rechtsſatz, wie es üblich war, dem beſtehenden Recht anſchließen wollte, ſo lag das einfache Pignus am nächſten, bey dem der Gläubiger durch den Beſitz, alſo durch prätoriſche Rechtsmittel, die poſſeſſori-

---

a) S. §. 249. Die hypothekariſche Verpfändung findet ſich, früher als in Rom, im attiſchen Recht, auch da neben dem Fauſtpfand und einem der römiſchen Fiducia analogen Geſchäft, Meier und Schömann att. Proceß S. 504 ff. So fanden ſie die Römer in den Ländern griechiſchen Rechts vor, Cic. fam. XIII. 56. Denkbar iſt es, daß gleich auf die erſte Einführung des Inſtituts in die ſtädtiſchen Edicte jenes Vorbild mitwirkte, jedenfalls ſcheint dieß bey ſeiner ſpäteren Erweiterung der Fall geweſen zu ſeyn, wobey dann auch der Name ὑποθῆκαι für dieſe Verpfändungen ein techniſcher des römiſchen Rechts wurde. Uebrigens iſt die erſte Einführung in das ſechſte Jahrhundert zu ſetzen, ſchon bey Cato kommt jene Hypothek an den Illaten vor, de R. R. 146: — donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto — 149: — pecus et familia quae illic erit, pigneri sunto. (Vgl. hiermit §. 250 Note p. R.)

ſchen Interdicte, geſchützt war. Indem nun der Prätor dem Gläubiger in Folge jenes Pactums daſſelbe Recht ohne den Beſitz zuerkannte, das der creditor pignoraticius durch den Beſitz hat, behandelte er den Verpfänder ſo wie wenn er den Beſitz des Pfands überliefert und (was ja nicht ungewöhnlich war) als Precarium zurückerhalten hätte. Wie der Fauſtpfandgläubiger in dieſem Fall das interdictum de precario (recuperandae possessionis) hatte, ſo gab er dem hypothekariſchen ein übrigens dieſem nachgebildetes interdictum adipiscendae possessionis. Dieß iſt das interdictum salvianum[b]). Iſt dieſe Ableitung richtig, ſo wird auch dieſes Interdict nur gegen den Verpfänder (und ſeine Erben) angeſtellt werden können, nicht wie es eigentlich der Natur eines interdictum adipiscendae possessionis ganz angemeſſen wäre, auch gegen einen dritten Beſitzer, und dieß wird denn auch mit größter Beſtimmtheit geſagt[c]). Nur muß eine Colliſion zwiſchen zwey angeblichen

---

b) Gai. IV. 147: Interdictum quoque quod appellatur salvianum, apiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Dig. XLIII. 33: de salviano interdicto. Cod. VIII. 9: de precario et salviano interdicto. Dieſe Zuſammenſtellung im Codextitel kann den Grund haben, daß auch das interdictum de precario früher am häufigſten bey einem Pfand vorkam, aber auch den, daß das zweite nur eine Analogie des erſten iſt. Beide Erklärungen ſetzen voraus, daß die Zuſammenſtellung eine überlieferte, nicht willkührlich von den Compilatoren erfundene iſt. Aus dem Umſtand daß das interdictum salvianum die Reihe ſchließt, darf nicht (mit Huſchke über das ſalv. Int., Studien I. 4) auf das Alter deſſelben geſchloſſen werden, die Ordnung der Interdicte in den Pandekten (und im Edictum perpetuum) iſt eine ſachliche.

c) Gordian. L. 1 C. de precar. (8, 9): — id enim (salv. int.) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit — der Zuſatz debitoremve hat nicht den Sinn, daß es gegen jeden Verpfänder (auch außer dem Fall eines Pachts) ſtattfindet, aber er giebt die Qualität an, die den Pächter dem Interdict unterwirft, und den, der die Sache von dem Verpfänder gekauft hat, von der Beklagteneigenſchaft

Pfandgläubigern natürlich auch durch das Interdict entſchieden, alſo dieſes gegen den als Pfandgläubiger Beſitzenden angeſtellt werden können [d]).

Dieſer Schutz war mithin unter Umſtänden ſehr unzureichend [d*]), es ſchien paſſend, einen Schritt weiter zu gehen, und den Pfandgläubiger ſo zu behandeln, wie wenn er die Sache

---

ausſchließt. Huſchke a. a. O. glaubt, Gordian verwerfe das Interdict bloß weil die Verpfändung nicht von einem Pächter geſchehen ſey, aber dieß läßt das Reſcript vielmehr ganz dahingeſtellt, und darum verweiſt es auch nicht bloß auf die actio quasi serviana, ſondern nennt auch die serviana, die bey der Verpfändung durch einen Pächter eintritt. Der zu entſcheidende Fall wird denn auch nur ſo bezeichnet: der Debitor hat die verpfändeten Sachen verkauft, für welche Schuld die Verpfändung geſchah, wird ignorirt.

d) Iulian. L. 1 §. 1 D. de salv. interd. (43, 33). Die Worte „adversus extraneum“ heißen: gegen einen Andern, der nicht Pfandgläubiger iſt, wer dieſer Andere ſey, wird nicht geſagt. Man glaubt, Julian gebe das Interdictum in L. 1 pr. eod. als utile gegen den Käufer. An ſich wäre es nicht undenkbar, daß manche Juriſten die urſprüngliche Beſchränkung abzuwerfen geneigt geweſen wären, die Stelle ſelbſt aber enthält dieß nicht, ſie ſagt nur, das Interdict finde Statt wegen des von der verpfändeten Sclavin bey dem Käufer geborenen Kindes, nicht gegen wen es ſtattfinde. Ja dieſe Entſcheidung läßt ſich, wie es ſcheint, nur rechtfertigen, wenn der Verpfänder als Beklagter gemeint iſt L. 29 §. 1 D. de pignor. (20, 1), und zwar iſt es wieder die Analogie des Precariums, die uns hier begegnet. Wer eine Sclavin precario hat, hat auch ſo das Kind, das ſie bey ihm gebiert L. 10 D. de precar. (43, 26). In unſerem Fall haftet der Verpfänder wie ein Precariſt, der dolo fecit ut habere desineret L. 2 pr. D. eod. — Was Theophilus (IV. 15, 3) will, wenn er ſagt, das Interdict habe der Verpächter gegen den Pächter, und fortfährt: wenn dieſer nicht zahlt, wird es gegen jeden Beſitzer angeſtellt, iſt nicht zu ſagen; ſeine Darſtellung wenigſtens iſt jedenfalls ein Fehler.

*d**) (Eine von der obigen völlig abweichende Anſicht über das Salvianum hat Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. RW. XIII. 4 S. 209 f. aufgeſtellt. Er hält es für ein rein poſſeſſoriſches §. 225. a und prohibitoriſches Interdict mit folgender Formel: si is homo, quo de agitur, est ex his rebus, de quibus inter te et conductorem convenit, ut, quae in eum fundum, q. d. a., inducta, illata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius fundi essent, neque ea mer-

durch Fiducia erhalten hätte. Die in rem actio, die er in dieſem Fall als Eigenthümer haben würde, erhielt er von dem Prätor als utilis; dieß iſt die serviana actio, welche ebenſo wie das Interdict nur für jenen einzelnen Fall der Illatenverpfändung gegeben wurde[e]). Daß die Klage eine utilis actio war, iſt gewiß[f]), wahrſcheinlich war ſie aber auch ficticia, ſo daß die Fiction der Mancipation oder In Jure Ceſſio in die Formel geſetzt, und der Richter ausdrücklich angewieſen wurde, ſo zu entſcheiden, wie wenn der Gläubiger die Sache durch Fiducia erhalten hätte[g]).

---

ces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur, ita quo minus eum ducas, vim fieri veto. Es hatte daher nur den ſtrengen Sponſionenproceß, §. 169, keine arbitraria formula auf Reſtitution, es gieng gleich dem Interdictum Utrubi gegen jeden, welcher ſich der Wegführung (ducere) der Illaten mit Gewalt widerſetzt. Dagegen erloſch es durch abſichtliches Aufgeben des Beſitzanſpruches, ſelbſt wenn das Pfandrecht vorbehalten war: L. 4 §. 1 D. q. m. p. (20, 6) woraus L. 1 C. de precar. (8, 9) zu erklären iſt („te non remittente pignus.“) Bey ſtädtiſchen Invecten hatte der Vermiether das Recht der Percluſion, hier bedurfte vielmehr der Miether ein Interdict (de migrando). Bey andern, nicht ſtillſchweigenden und daher ſeltener vorkommenden Verpfändungen half der Prätor durch Interdicte (auctoritates) für jeden einzelnen Fall (Paul. V. 6. 16 L. 3 C. de pign. (8, 14). L. 52 §. 2 D. de A. P. ohne ein ſtändiges Formular im Edict zu proponiren. R.)

e) §. 7 I. de action. (4, 6). Daß die Klage den Namen von einem Prätor Servius habe, iſt eine weiter nicht begründete Vorausſetzung, ganz aus der Luft gegriffen iſt die Meinung, dieſer Prätor ſey der Juriſt Servius Sulpicius geweſen.

f) Julian nennt ſie ſo L. 1 §. 1 D. de salv. interd. (43, 33) vgl. L. 16 D. de servit. (8, 1).

g) Auch die serviana actio des bonorum emtor iſt ficticia Gai. IV. 35. Beſtandtheile der formula serviana werden erwähnt in L. 6 C. si al. res pign. (8, 16): — quum serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis *in bonis* fuerint — vgl. L. 3 pr. D. de pignor. (20, 1), dann in L. 19 C. de usur. (4, 32): — quum serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel *solutis pecuniis* vel *si per creditorem steterit quo minus solvantur* —.

Wie kurz oder wie lange es währte, bis die hypothekariſche Verpfändung über dieſen einzelnen Fall hinaus erſtreckt wurde, iſt nicht zu beſtimmen. Dieſe Ausdehnung geſchah nicht ſo daß die Anwendung des interdictum salvianum erweitert worden wäre, dieſes vielmehr blieb auf jenen Fall beſchränkt, für den es eingeführt worden war [h]), ſondern durch die Erweiterung der utilis in rem actio. Sie heißt in dieſer Ausdehnung quasi serviana actio, serviana utilis, hypothecaria [i]). Sie iſt eine vindicatio pignoris, wo eine Sache oder ein Recht an derſelben, das eine Vindication der Sache mit ſich bringt z. B. Emphyteuſis der Gegenſtand des Pfandrechts iſt [k]), bey der Verpfändung einer Forderung hat der Gläubiger die perſönliche Klage ſeines Verpfänders als utilis, bey der Afterverpfändung eben ſo ſeine hypothecaria actio [l]). In den letzteren Fällen wurde die Formel wahrſcheinlich ein=

---

h) Alle Stellen, die ſeiner gedenken, erwähnen es nur für dieſen Fall, der Zuſatz debitoremve in L. 1 C. de precar. (Note c) kann nach dem Zuſammenhang eine ſolche Ausdehnung nicht enthalten, und Paul. V. 6, 16 (den man auch dafür angeführt hat) ſagt, der Grundſatz, daß gewiſſe Sachen nicht unter einer generellen Verpfändung begriffen würden, gelte auch für das Interdict, alſo auch für die Verpfändung der invecta illata. Huſchke Studien S. 355 ff.

i) §. 7 I. de action. (4, 6) L. 13 §. 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1) L. 1 C. de precar. (8, 9). Die römiſchen Juriſten brauchen indeſſen nicht ſelten auch den Namen serviana als allgemeinen für die hypothekariſche Klage, Büchel civilr. Erörterungen I. 2 S. 110. Auch pigneraticia (in rem) actio (unterſchieden von der pigneraticia in personam actio aus dem Pfandcontract) wird ſie genannt z. B. L. 3 §. 3 D. ad. exhib. (10, 4) L. 30 §. 1. D. de exc. rei iud. (44, 2) u. a., utilis pigneraticia für den Fall der (wirkſamen) Verpfändung durch einen Nichteigenthümer (§. 250 Note d).

k) Die vindicatio pignoris richtet ſich in ihrer Kraft nach der Vindication, die dem Verpfänder zuſtand L. 18 D. de pignor. (20, 1): Si ab eo qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per publicianam.

l) L. 13 §. 2 L. 20 D. eod. L. 4 C. quae res pign. (8, 17).

gerichtet wie bey einem Procurator (§. 166 a. E.)[m]), ſchwerlich in den erſteren, wo ſie nach allen Nachrichten eine ziemlich ſpecielle Angabe der Erforderniſſe des Pfandrechts enthielt, nämlich eine Erwähnung der Verpfändung, daß die Sache in bonis des Verpfänders geweſen, und daß der Gläubiger nicht befriedigt ſey[n]). Alles dieß hätte, wie es bey der Serviana urſprünglich der Fall geweſen zu ſeyn ſcheint, mit einer Fiction des Eigenthums verbunden ſeyn können, wahrſcheinlich aber wurde die Form einer in factum actio gewählt, die Intentio auf das beſtellte Pfand gerichtet, und durch dieſe Form die Klage allen Fällen, auch dem Pfandrecht an Sachen, an denen ein quiritiſches Eigenthum nicht möglich war, angepaßt[o]).

---

m) Wie es der Fall war bey der actio rutiliana des bonorum emtor Gai. IV. 35.

n) L. 13 §. 1 D. ad S. C. vell. (16, 1): — convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam. L. 15 §. 1 D. de pignor. (20, 1) L. 1 §. 5 D. de migrando (43, 32) L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) L. 1 C. si pign. conv. (8, 33) Note g.

o) L. 11 §. 1 D. de pignor. (20, 1) L. 1 C. si pign. convent. (8, 33): — intentio dati pignoris neque redditae pecuniae —. Ribbentrop comm. ad L. 16 §. 5 D. de pignor. etc. (1824) §. 4. Duroi, Archiv für civil. Pr. VI S. 402. Huſchke Studien S. 377. (Ausführlich behandelt die Conception der Serviana Rudorff a. a. O. S. 206 f. mit folgenden Reſultaten: die Formel war in factum und in rem zugleich. Sie begann mit der Angabe der Thatſachen, welche die Bedingungen (conditiones L. 13 §. 4 D. de pign. 20, 1) des Salvianum und ſeiner Sponſionen bildeten. An dieſen factiſchen Theil ſchloß ſich eine intentio in rem, aber nicht, wie bey der Fiducia, aus dem quiritiſchen Recht des Klägers, ſondern aus dem in bonis (L. 49 D. de V. S. 50, 16) des Verpfänders und zwar ordentlicher Weiſe (L. 5. C. si al. res 8, 16) zur Zeit der Verpfändung. Der Schluß der Formel enthielt ein von dem Salvianiſchen Sponſionenproceß völlig abweichendes Arbitrium auf Reſtitution oder Befriedigung. So umfaßte die Formel die ganze Cauſa Pignoris, das Poſſeſſorium und das Petitorium und machte das erſte faſt entbehrlich. Daher ſteht ihr auch die exceptio rei iudicatae aus dem Salvianum entgegen (L. 1 §. 1

Dieſe hypothekariſche Klage hat die Eigenſchaften der Rei Vindicatio in Beziehung auf den Beklagten und auf den Gegenſtand[p]). Doch treten einige Modificationen ein durch den Zweck, den die Vindication bey dem Gläubiger hat. Die Klage ſoll ihm ſeine Befriedigung verſchaffen, er hat ſie daher nur, wenn entweder die Zeit, wo er dieſe fordern kann, gekommen iſt, oder ſeine Sicherung ſchon vorher erheiſcht, daß die Sache dem Beſitzer entzogen werde[q]), ferner kann der Beklagte die Klage durch Befriedigung des Klägers abwenden[r]), endlich was die Früchte der Sache anlangt, ſo geht die Klage auch auf dieſe, wie die Rei Vindicatio, aber mit dem Unterſchied, daß der Kläger ein Intereſſe haben muß, ſie zu erhalten, was nur der Fall ſeyn wird, wenn die Sache ſelbſt nicht zu ſeiner Befriedigung hinreicht[s]). Daß der Beklagte ſelbſt Pfandgläu-

D. de Salv. (43, 33) vgl. mit L. 16 D. de pign. (20, 1) und nicht entgegen (L. 2 D. de Salv. 43, 33) jenachdem in ihr über die beiden Rechtsmitteln gemeinſame factiſche oder über die der Serviana eigenthümliche Rechtsfrage geſtritten wird. R.)

p) L. 16 §. 3 D. de pignor. (20, 1): In vindicatione pignoris quaeritur, an rem de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aeque absolvendus est, si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit, forte quod res abest et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caverit, se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus —.

q) L. 14 pr. D. de pignor. (20, 1) L. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6).

r) Note p. L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6). Ja nach Juſtinian's Nov. 4 c. 2 kann ein dritter Beſitzer des Pfands verlangen, daß der Gläubiger zuerſt ſeine Befriedigung von denen ſuche, die ihm perſönlich verpflichtet ſind (Schuldner, Bürgen): er hat die exceptio excussionis personalis wie man dieſes Recht zu nennen pflegt.

s) L. 16 §. 4 D. de pignor. (20, 1). Man muß zwey Fälle wohl unterſcheiden 1) Früchte, die dem Pfandrecht ſelbſt unterworfen ſind,

biger iſt, ſchützt ihn nicht, wenn er ein dem des Klägers nachſtehendes Pfandrecht hat, nur in einem Fall wird durch eine billige Rückſicht, welche die Ueberhandnahme der Verpfändungen des ganzen Vermögens hervorgerufen hat, ihm geholfen. Wenn dem früheren Pfandgläubiger Sachen ſpeciell und nebenher alle Güter verpfändet ſind, aus denen dann ſpäter ein Anderer eine Sache zum Pfand erhalten hat, ſo kann dieſer verlangen, daß jener an die ſpeciell verpfändeten Sachen, wenn ſie zu ſeiner Befriedigung hinreichen, ſich halte, und nicht ohne Noth ihn um ſein Pfand bringe[t]).

5) Die Aufhebung des Pfandnexus[u]) geſchieht durch den Untergang des Gegenſtands (der Sache oder des verpfändeten Rechts)[v]), durch Erſitzung der Freiheit, die aber nicht ſchon durch die gewöhnliche Uſucapion (wie dieß bey dem fiduciariſchen Pfandrecht der Fall iſt)[w]), ſondern dadurch geſchieht, daß jemand zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes mit einem Titel, oder ohne Titel dreißig Jahre die Sache beſitzt, und in beiden Fällen in bona fide d. h. mit der Exiſtenz des Pfandrechts unbekannt iſt[x]), — ferner durch Ver-

---

indem die Verpfändung ſich auf ſie erſtreckt, und die daher ein ſelbſtſtändiges Object der hypothekariſchen Klage bilden, 2) Früchte, die nur Acceſſionen der Hypothecaria auf die Hauptſache ſind. Hier iſt allein von den letzteren die Rede.

t) L. 2 C. de pignor. (8, 14). Die Neuern pflegen dieß die exceptio excussionis realis zu nennen.

u) Dig. XX. 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

v) L. 8 pr. D. eod. L. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) L. 29 §. 2 L. 31 D. de pignor. (41, 3).

w) L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3).

x) Cod. VII. 36: si adversus creditorem praescriptio opponitur. L. 8 pr. §. 1 C. de praescr. xxx annor. (7, 39) L. 5 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Fehlt es an der bona fides (und dieß iſt ſtets bey dem Verpfänder anzunehmen), ſo verjährt durch den Ablauf von dreißig (gegenüber dem Schuldner oder einem nachſtehenden Pfandgläubiger beim Leben des Schuldners von vierzig) Jahren nur die hypothekariſche Klage, das Pfandrecht ſelbſt iſt nicht erloſchen.

zicht (remissio pignoris)[y]), endlich durch Aufhebung der Forderung, durch Confuſion, durch Verkauf des Pfands von dem dazu berechtigten Gläubiger. Dieſe drey letzten Gründe ſollen nun noch näher betrachtet werden.

Das Pfandrecht ſetzt ſtets eine Forderung des Pfandberechtigten voraus, zu deren Sicherung es beſtimmt iſt, von welcher Art auch übrigens die Forderung ſeyn möge[z]). Daher muß mit der Tilgung der Forderung auch das Pfandrecht erlöſchen, und zwar mit jeder Tilgung, nicht bloß der Zahlung[aa]). Zwar in der Formel der hypothekariſchen Klage iſt nur die Zahlung als Hinderniß derſelben erwähnt, von dieſer Beſchränkung indeſſen machen die römiſchen Juriſten nur da Gebrauch, wo jene Conſequenz der acceſſoriſchen Natur des Pfandrechts unter individuellen Umſtänden eine Unbilligkeit zum Reſultat haben würde[bb]). Die Forderung muß ganz aufgehoben ſeyn, ſowohl dem Grad nach: nicht bloß die Klage[cc]), als auch dem Gegenſtand nach, eine theilweiſe Tilgung hebt nicht auch das Pfandrecht zum Theil, denn dieſes iſt untheilbar, auch für den kleinſten Rückſtand haftet noch das ganze Pfand[dd]). Dieß gilt natürlich von der Forderung, für welche

---

y) Cod. VIII. 26: de remissione pignoris. L. 4. 8. 12 pr. D. quib. mod. p. solv. (20, 6).

z) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1) Cod. VIII. 33: si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

aa) L. 43 D. de solut. (46, 3) L. 11 §. 1. 2 D. de pign. act. (13, 7). Bey der Zahlung iſt es genug, daß der Schuldner dazu bereit war, und es nur an dem Gläubiger lag, daß ſie nicht wirklich erfolgte L. 6 pr. §. 1 D. quib. mod. p. solv. (20. 6).

bb) L. 59 pr. D. ad S. C. trebell. (36, 1) L. 13 §. 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1).

cc) L. 2 C. de luit. pign. (8, 31): Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. L. 14 §. 1 D. de pignor. (20, 1) vgl. §. 208 Note pp.

dd) L. 19 D. de pignor. L. 2 C. debitorem vendit. p. (8, 29) Cod. VIII. 32: si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit.

das Pfand beſtimmt iſt, aber auch von ihren Acceſſionen, wenn es ſolche ſind, auf welche die Klage aus der Forderung mitgerichtet iſt[ee]). Die Exiſtenz anderer Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner hindert die Erlöſchung des Pfandrechts nicht, wenn nur die, für die es beſtimmt war, vollſtändig getilgt iſt, doch hat der Gläubiger die exceptio doli gegen den Schuldner (nicht gegen einen Andern), der ihm das Pfand abfordert, ehe er ſeine übrigen Schulden an ihn bezahlt hat[ff]).

Niemand kann ein Pfandrecht an ſeiner eigenen Sache haben, darum muß das Pfandrecht untergehen, ſo wie es mit dem Eigenthum in derſelben Perſon zuſammentrifft[gg]). Jener Satz hat einen formellen Grund darin, daß das Pfandrecht ein ius in re aliena iſt, der materielle liegt in dem Umſtand, daß dem Gläubiger ſeine eigene Sache die Sicherheit, um die es ſich handelt, nicht gewähren kann, daß alſo der Zweck des Pfandrechts durch eines an der eigenen Sache nicht erreicht werden würde. In Beziehung auf dieſen zweiten Grund laſſen ſich Verhältniſſe denken, wo er wegfällt, indem es dem Eigenthümer von Intereſſe ſeyn kann, die Rechte eines Pfandgläubigers zu haben. So wäre er als Pfandgläubiger vielleicht (nämlich wenn er der prior creditor wäre) gegen andere Pfandgläubiger geſchützt, als Eigenthümer iſt er es nicht. Wenn nun einem Pfandgläubiger der Erwerb des Eigenthums

ee) So haftet das Pfand für die Zinſen unter dieſer Vorausſetzung L. 8 §. 5 D. de pign. act. (13, 7), wenn ſie dagegen auf einer beſonderen Stipulation beruhen, nur inſofern es auch für ſie mit beſtellt iſt L. 11 §. 3 D. eod. L. 13 §. 6 D. de pignor. (20, 1).

ff) Cod. VIII. 27: etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. Dieſes Retentionsrecht (kein Pfandrecht) hat zu ſeiner factiſchen Vorausſetzung, daß der Gläubiger im Beſitz des Pfands iſt (si in possessione fueris constitutus), daß es bloß dem Gläubiger zuſtehe, der von Anfang an im Beſitz war (dem Fauſtpfandgläubiger), davon enthält das Geſetz kein Wort.

gg) L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17) L. 29 D. de pign. act. (13, 7).

und die damit verbundene formell nothwendige Confuſion des Pfandrechts nachtheilig wird, ſo können die Umſtände von der Art ſeyn, daß eine Hülfe gegen dieſen Nachtheil eine Anforderung der Gerechtigkeit iſt z. B. der Pfandgläubiger hat von dem Schuldner das Pfand gekauft, damit der ihm vorgehende mit dem Kaufpreis abgefunden werde, dieß iſt geſchehen, nun treten aber andere Gläubiger auf, die durch die Befriedigung des erſten und die Confuſion bey dem Käufer die alleinigen Pfandberechtigten ſind. Dieſer Erfolg iſt offenbar im Widerſpruch mit der Intention der Parteien; dieſe gieng darauf, daß der abzufindende Gläubiger dem Käufer Platz machen, dieſer in ſeine Stelle einrücken ſollte. Die Abſicht wird dadurch erreicht, daß der Käufer als Pfandgläubiger behandelt wird, und in die Stelle des abgefundenen einrückt. Haben nun die römiſchen Juriſten, um dieß zu erreichen, eine Ausnahme von jener Regel, ein Pfandrecht an der eigenen Sache ſtatuirt? So roh verfahren ſie nicht, vielmehr halten ſie die Regel feſt, und laſſen den Erwerb des Eigenthums fallen, ſie erhalten dem Käufer das Pfandrecht, indem ſie das Geſchäft nicht als Kauf, ſondern als Darlehen zur Abfindung des Vorgängers interpretiren [hh]).

Der Verkauf des Pfands durch den dazu berechtigten Pfandgläubiger hebt alle Pfandrechte, die bisher an der Sache hafteten, auf [ii]). Soll der Verkauf dieſe Wirkung haben, ſo darf dem verkaufenden Gläubiger kein anderer vorgehen (vgl. §. 250 Note ee), der Gläubiger darf nicht ſelbſt Käufer ſeyn,

---

hh) L. 17 D. qui potior. (20, 4). Aehnlich behandeln ſie andere Fälle, wo ein Bedürfniß eintritt, gegen den Verluſt des Pfandrechts durch Confuſion zu helfen z. B. L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2).

ii) Dig. XX. 5. Cod. VIII. 28: de distractione pignorum et hypothecarum. Nur wenn ein nachſtehender Pfandgläubiger kauft, wird dieß nicht als Kauf, ſondern als eine Abfindung des prior creditor zum Zweck der Conſervation des Pfandrechts behandelt L. 6 D. eod. Vgl. §. 250 Note ff.

die Schuld muß fällig, der Schuldner in mora ſeyn[kk]), von dieſer Zeit an müſſen dem Verpfänder zwey Jahre Friſt gegönnt werden, das Pfand zu löſen und den Verkauf zu vermeiden, wenn nichts anderes verabredet iſt[ll]), die Verabredung, daß dem Gläubiger der Verkauf nicht geſtattet ſeyn ſoll, bewirkt, daß in dieſer Zeit eine dreimalige Denuntiatio an den Verpfänder geſchehen muß (§. 247 Note q). Kommt die Zeit des Verkaufs, ſo hat der Gläubiger dem Verpfänder durch Benachrichtigung die Möglichkeit, gegenwärtig zu ſeyn, zu verſchaffen[mm]).

Es mußte auch für den Fall geſorgt werden, wenn ſich (vielleicht durch Umtriebe des Schuldners) kein oder kein annehmlicher Käufer fand. Bey dem pignus ex causa iudicati captum war eigentlich kein Bedürfniß, dafür eine beſondere Rechtsform zu finden; da das Gericht verkaufte, ſo konnte der Gläubiger als Käufer zugelaſſen werden[nn]), nach einer Verordnung von Severus und Caracalla ſoll dieß aber nur ſo geſchehen, daß der Gläubiger die Sachen um ſeine Forderung übernimmt, alſo kein Ueberſchuß bleibt[oo]). Gordian dagegen behält dem Princeps das Recht vor, den Zuſchlag an den Gläubiger auszuſprechen[pp]). Dieſer letztere Weg iſt denn auch

kk) Auf dieſes Erforderniß bezieht ſich die Denuntiation bey Juſtinian L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34). Die Verabredung, daß der Gläubiger ſofort nachdem die Schuld fällig geworden, ſolle verkaufen können, erſetzt die Mahnung L. 8 §. 3 D. de pign. act. (13, 7).

ll) So Juſtinian L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34). Das pignus ex causa iudicati captum wird nicht von dem Gläubiger verkauft, ſondern durch das Gericht, dieſer Verkauf geſchieht nach Ablauf von zwey Monaten von der Auspfändung gerechnet L. 31 D. de re iud. (42, 1). *mm*) L. 4 C. de distr. pign. (8, 28). *nn*) So entſcheidet denn auch Alexander L. 2 C. si in causa iud. (8, 23).

oo) L. 15 §. 3 D. de re iud. (42, 1). Dieſe Addictio kann auch unter der missio in possessionem zu verſtehen ſeyn, welche (bey Grundſtücken) L. 3 C. de exsecut. rei iud. (7, 53) erwähnt wird.

pp) L. 3 C. si in causa iud. (8, 23).

allein in allen andern Fällen, wo der Gläubiger ſelbſt der Verkäufer iſt, vorgeſchrieben[qq]). Findet ſich kein Käufer, und der Verpfänder iſt nochmals vergeblich aufgefordert worden das Pfand zu löſen, ſo erhält der Gläubiger auf Verlangen von dem Kaiſer das Eigenthum des Pfands; nach dem zu ermittelnden Werth deſſelben beſtimmt es ſich, ob dadurch nur ein Theil ſeiner Forderung getilgt wird oder ob er vielleicht etwas herauszubezahlen hat, was an andere Gläubiger oder an den Verpfänder fällt. Nun iſt aber dem letzteren noch eine Friſt von zwey Jahren (vor Juſtinian von einem Jahr) gegeben, innerhalb deren er das Pfand noch löſen, oder auch der Gläubiger (z. B. durch Annahme von Zinſen von dem Schuldner, ferner durch Verkauf) ſein Recht fallen laſſen kann, in welchem Fall der Zuſchlag als nicht geſchehen betrachtet wird. Erſt nach Ablauf dieſes biennium luitionis iſt die Sache definitiv feſtgeſtellt, und das frühere Rechtsverhältniß ohne weiteren Einfluß.

---

qq) Cod. VIII. 34: de iure dominii impetrando.

Siebentes Kapitel.

Von den Servituten.

Allgemeine Natur der Servituten.

CCLII. Die iura in re, von denen in den beiden letzten Kapiteln die Rede war, gehören wenn auch nicht ihrem Inhalt, doch ihrer rechtlichen Form nach der Zeit einer ſchon bedeutend vorgeſchrittenen Entwickelung des römiſchen Rechts an, keines derſelben beruht auf dem Jus civile, es iſt der prätoriſche Schutz, dem ſie ihren Charakter verdanken. Aber es giebt ein ius in re, das wir, in einzelnen Formen wenigſtens, bis nahe an die älteſte Zeit hinaufrücken dürfen; es iſt durch das Jus civile anerkannt, das einzige, welches auf dieſem Recht beruht.

Dieß reflectirt ſich in dem Namen, welcher dafür gebraucht wird, und der eine Vorſtellung, die ſich mit jedem ius in re verbinden läßt, ausdrückt. Wir können auf Sachen den Begriff der Freiheit anwenden, wenn ſie keiner fremden Herrſchaft unterliegen, eine natürliche Freiheit iſt ihnen zuzuſchreiben, wenn ſie überall nicht dem Recht unterworfen ſind, eine rechtliche, wenn nur dem Eigenthum, der Eigenthümer iſt der Sache kein Fremder (wie wir ja auch unter einem freien Volk kein ſolches verſtehen, das keinem Oberhaupt gehorcht). Dagegen iſt die Sache im Zuſtand der Dienſtbarkeit, res servit,

wenn ſie dem Recht eines Andern als ihres Eigenthümers unterworfen iſt. Man könnte daher jedes ius in re eine servitus nennen, dieſer Name iſt nun wirklich dem älteſten, dem einzigen des Jus civile, beigelegt, aber er iſt auch auf dieſes beſchränkt. Genau genommen war er in der That auf jene ſpäteren Jura nicht in gleichem Grad anwendbar. Die Ausübung des Rechts der Superficies, der Emphyteuſis, des Pfandrechts hat eine äußere Aehnlichkeit mit der des Eigenthums; daß ein Fremder etwas mit der Sache vornimmt, tritt nicht ſo äußerlich hervor, als bey dem Nachbar, der über das Grundſtück geht, oder einen Theil ſeines Hauſes auf dem dienenden Gebäude ruhen läßt. Ja es giebt auch unter den Servituten ſolche, deren Ausübung ſich äußerlich der des Eigenthums nähert, wo alſo der Zuſtand der Dienſtbarkeit ſich auch nicht ſo anſchaulich darſtellt, dieß ſind die mit einer Detention der Sache verbundenen, die Perſonalſervituten (ſ. unten); auch bey dieſen, obwohl ſie wirklich als Servituten behandelt und mit dieſem Namen belegt werden, wird häufig die allgemeine Bezeichnung iura vorgezogen, und jener Name auf die übrigen, die zugleich als die älteren betrachtet werden dürfen, beſchränkt[a]).

Von allen iura in re ſind es die Servituten, die ſich am reinſten von dem Eigenthum abheben und den beſtimmteſten Gegenſatz gegen daſſelbe bilden. Es iſt ſchon an einem andern Ort bemerkt worden, daß dieß auch in der Klage aus dieſen Rechten hervortritt. Während die bisher vorgekommenen Rechte auch in dieſer Hinſicht durch die Vindication der res corporalis, die aus ihnen entſpringt, dem Eigenthum ſich nähern, ſtehen die Servituten durch die auf das Recht ſelbſt, die res incorporalis gerichtete Klage auch hier von ihm abgeſondert.

a) L. 1 in f. D. de div. rer. (1, 8) L. 2 pr. D. si serv. vind. (8, 5). Vgl. überhaupt die Titelrubriken des 7 und 8 Buchs der Digeſten, und von XXXIII. 2 und 3.

Gehen wir zu dem Inhalt der Servituten fort, ſo läßt ſich dieſer theils von dem Einfluß aus, den ſie auf die Rechte des Eigenthümers ausüben, theils in Beziehung auf die Befugniſſe des Servitutberechtigten betrachten. In der erſten Hinſicht beſteht die Beſchränkung des Eigenthümers entweder darin, daß er etwas dulden muß, was er ſonſt vermöge des Eigenthums verhindern könnte (ut aliquid patiatur, servitutes in patiendo, affirmative oder poſitive Servituten), oder darin, daß er etwas nicht thun darf, was er außerdem als Eigenthümer thun dürfte (ut aliquid non faciat, servitutes in non faciendo, negative Servituten). Eine Servitut kann nicht den Inhalt haben, daß der Eigenthümer vermöge derſelben etwas thun müßte, es kann keine servitutes in faciendo geben[b]). Dieß folgt aus ihrer Eigenſchaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nicht über das, was die Sache ſelbſt gewährt, hinausgehen kann, die Sache leiſtet, was den Inhalt der Servitut ausmacht[c]), die Function ihres Eigenthümers kann nur die ſeyn, jene Leiſtung nicht zu verhindern; eine poſitive Leiſtung der Perſon als Inhalt einer Servitut würde vorausſetzen, daß man die Perſon als Theil der Sache betrachtete[d]).

---

b) L. 15 §. 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. — Vgl. über den Grundſatz auch Vangerow Leitfaden für Pand. Vorleſ. Bd. I S. 620 ff.

c) L. 6 §. 2 D. si serv. (8, 5): — servitutem non hominem debere, sed rem —.

d) Daß jemand als Eigenthümer (oder Beſitzer) einer Sache zu einer Leiſtung verpflichtet iſt, wie z. B. ad exhibendum, oder zu öffentlichen Abgaben ꝛc., iſt dadurch nicht ausgeſchloſſen, ſondern nur daß dieſes der Inhalt eines Rechts an der Sache ſey. Eine servitus in faciendo würde eine Dienſtbarkeit der Perſon in ſich ſchließen, wie denn auf dieſem Wege gewiſſe Inſtitute des deutſchen Rechts (die ſ. g. Realaſten die ſolche perſönliche Leiſtungen enthalten) entſtanden ſind, und von denen es kein Wunder iſt, wenn ſie in den Tagen der Gegenwart, abgetrennt von ihrer urſprünglichen Wurzel, ein fremdartiges, der Be-

Man kann das Princip, aus dem jener Satz folgt, auch ſo ausdrücken. Ein Recht an einer fremden Sache beſchränkt die Eigenthumsbefugniſſe, alle Eigenthumsbefugniſſe aber beſtehen theils in einer Diſpoſition über die Sache, theils in der Ausſchließung Anderer davon, Beſchränkungen derſelben können alſo nur ein non facere oder ein pati zur Folge haben, ein facere des Eigenthümers würde, um als Beſchränkung des Eigenthums gelten zu können, eine Befugniß etwas zu unterlaſſen als Eigenthumsbefugniß vorausſetzen, eine ſolche giebt es aber nicht. Damit iſt natürlich nicht verwehrt, daß der Eigenthümer, der eine Servitut beſtellt, ſich daneben zu einer Leiſtung z. B. den Weg, den er dem Andern über ſein Grundſtück verſtattet, auszubeſſern verpflichte, und er (ſowie alle die in ſeine Obligationen ſuccediren) kann in dieſem Fall dazu angehalten werden, aber nur mit der perſönlichen Klage, die aus jener Obligatio entſpringt, nicht mit der in rem actio aus der Servitut, zu deren Inhalt jene Pflicht nicht mit gehört, und dieſe Pflicht kann eben darum auch nicht gegen jeden geltend gemacht werden, welcher der Servitutenklage unterworfen iſt[e]).

mühungen, ſie mit den jetzt geltenden Rechtsanſichten in Einklang zu bringen, ſpottendes Anſehen haben. — An das Princip, die Menſchen als Beſtandtheil der Güter zu betrachten, welches eine servitus in faciendo allein möglich machen könnte, ſtreift ſchon ganz nahe der unter den Imperatoren aufgeſtellte Satz, die Eigenthümer für die Abgaben ihrer Vorgänger haften zu laſſen (§. 250 Note z), ein Grundſatz, welcher den politiſchen Zuſtänden jener Zeit nicht unangemeſſen war.

e) Es giebt eine Servitut, nach welcher der Eigenthümer auf ſeiner Mauer oder Säule ein fremdes Gebäude ruhen laſſen muß (servitus oneris ferendi); der Eigenthümer der Mauer übernimmt die Erhaltung derſelben in tragbarem Stand. Aquilius Gallus wollte auch darauf den obigen Grundſatz anwenden, anders Servius, deſſen Anſicht die herrſchende ward: die refectio parietis kann mit der Servitutenklage gefordert werden, nur hielt man auch hier als Folge des Princips feſt, daß der Eigenthümer ſich durch Dereliction der Mauer befreien, und daß er nicht genöthigt werden könne, das fremde Haus während der

wenn ſie dem Recht eines Andern als ihres Eigenthümers unterworfen iſt. Man könnte daher jedes ius in re eine servitus nennen, dieſer Name iſt nun wirklich dem älteſten, dem einzigen des Jus civile, beigelegt, aber er iſt auch auf dieſes beſchränkt. Genau genommen war er in der That auf jene ſpäteren Jura nicht in gleichem Grad anwendbar. Die Ausübung des Rechts der Superficies, der Emphyteuſis, des Pfandrechts hat eine äußere Aehnlichkeit mit der des Eigenthums; daß ein Fremder etwas mit der Sache vornimmt, tritt nicht ſo äußerlich hervor, als bey dem Nachbar, der über das Grundſtück geht, oder einen Theil ſeines Hauſes auf dem dienenden Gebäude ruhen läßt. Ja es giebt auch unter den Servituten ſolche, deren Ausübung ſich äußerlich der des Eigenthums nähert, wo alſo der Zuſtand der Dienſtbarkeit ſich auch nicht ſo anſchaulich darſtellt, dieß ſind die mit einer Detention der Sache verbundenen, die Perſonalſervituten (ſ. unten); auch bey dieſen, obwohl ſie wirklich als Servituten behandelt und mit dieſem Namen belegt werden, wird häufig die allgemeine Bezeichnung iura vorgezogen, und jener Name auf die übrigen, die zugleich als die älteren betrachtet werden dürfen, beſchränkt[a]).

Von allen iura in re ſind es die Servituten, die ſich am reinſten von dem Eigenthum abheben und den beſtimmteſten Gegenſatz gegen daſſelbe bilden. Es iſt ſchon an einem andern Ort bemerkt worden, daß dieß auch in der Klage aus dieſen Rechten hervortritt. Während die bisher vorgekommenen Rechte auch in dieſer Hinſicht durch die Vindication der res corporalis, die aus ihnen entſpringt, dem Eigenthum ſich nähern, ſtehen die Servituten durch die auf das Recht ſelbſt, die res incorporalis gerichtete Klage auch hier von ihm abgeſondert.

---

a) L. 1 in f. D. de div. rer. (1, 8) L. 2 pr. D. si serv. vind. (8, 5). Vgl. überhaupt die Titelrubriken des 7 und 8 Buchs der Digeſten, und von XXXIII. 2 und 3.

Gehen wir zu dem Inhalt der Servituten fort, ſo läßt ſich dieſer theils von dem Einfluß aus, den ſie auf die Rechte des Eigenthümers ausüben, theils in Beziehung auf die Befugniſſe des Servitutberechtigten betrachten. In der erſten Hinſicht beſteht die Beſchränkung des Eigenthümers entweder darin, daß er etwas dulden muß, was er ſonſt vermöge des Eigenthums verhindern könnte (ut aliquid patiatur, servitutes in patiendo, affirmative oder poſitive Servituten), oder darin, daß er etwas nicht thun darf, was er außerdem als Eigenthümer thun dürfte (ut aliquid non faciat, servitutes in non faciendo, negative Servituten). Eine Servitut kann nicht den Inhalt haben, daß der Eigenthümer vermöge derſelben etwas thun müßte, es kann keine servitutes in faciendo geben[b]). Dieß folgt aus ihrer Eigenſchaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nicht über das, was die Sache ſelbſt gewährt, hinausgehen kann, die Sache leiſtet, was den Inhalt der Servitut ausmacht[c]), die Function ihres Eigenthümers kann nur die ſeyn, jene Leiſtung nicht zu verhindern; eine poſitive Leiſtung der Perſon als Inhalt einer Servitut würde vorausſetzen, daß man die Perſon als Theil der Sache betrachtete[d]).

---

b) L. 15 §. 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. — Vgl. über den Grundſatz auch Vangerow Leitfaden für Pand. Vorleſ. Bd. I S. 620 ff.

c) L. 6 §. 2 D. si serv. (8, 5): — servitutem non hominem debere, sed rem —.

d) Daß jemand als Eigenthümer (oder Beſitzer) einer Sache zu einer Leiſtung verpflichtet iſt, wie z. B. ad exhibendum, oder zu öffentlichen Abgaben ꝛc., iſt dadurch nicht ausgeſchloſſen, ſondern nur daß dieſes der Inhalt eines Rechts an der Sache ſey. Eine servitus in faciendo würde eine Dienſtbarkeit der Perſon in ſich ſchließen, wie denn auf dieſem Wege gewiſſe Inſtitute des deutſchen Rechts (die ſ. g. Rea = laſten die ſolche perſönliche Leiſtun'gen enthalten) entſtanden ſind, und von denen es kein Wunder iſt, wenn ſie in den Tagen der Gegenwart, abgetrennt von ihrer urſprünglichen Wurzel, ein fremdartiges, der Be=

Man kann das Princip, aus dem jener Satz folgt, auch ſo ausdrücken. Ein Recht an einer fremden Sache beſchränkt die Eigenthumsbefugniſſe, alle Eigenthumsbefugniſſe aber beſtehen theils in einer Diſpoſition über die Sache, theils in der Ausſchließung Anderer davon, Beſchränkungen derſelben können alſo nur ein non facere oder ein pati zur Folge haben, ein facere des Eigenthümers würde, um als Beſchränkung des Eigenthums gelten zu können, eine Befugniß etwas zu unterlaſſen als Eigenthumsbefugniß vorausſetzen, eine ſolche giebt es aber nicht. Damit iſt natürlich nicht verwehrt, daß der Eigenthümer, der eine Servitut beſtellt, ſich daneben zu einer Leiſtung z. B. den Weg, den er dem Andern über ſein Grundſtück verſtattet, auszubeſſern verpflichte, und er (ſowie alle die in ſeine Obligationen ſuccediren) kann in dieſem Fall dazu angehalten werden, aber nur mit der perſönlichen Klage, die aus jener Obligatio entſpringt, nicht mit der in rem actio aus der Servitut, zu deren Inhalt jene Pflicht nicht mit gehört, und dieſe Pflicht kann eben darum auch nicht gegen jeden geltend gemacht werden, welcher der Servitutenklage unterworfen iſt[e]).

---

mühungen, ſie mit den jetzt geltenden Rechtsanſichten in Einklang zu bringen, ſpottendes Anſehen haben. — An das Princip, die Menſchen als Beſtandtheil der Güter zu betrachten, welches eine servitus in faciendo allein möglich machen könnte, ſtreift ſchon ganz nahe der unter den Imperatoren aufgeſtellte Satz, die Eigenthümer für die Abgaben ihrer Vorgänger haften zu laſſen (§. 250 Note z), ein Grundſatz, welcher den politiſchen Zuſtänden jener Zeit nicht unangemeſſen war.

e) Es giebt eine Servitut, nach welcher der Eigenthümer auf ſeiner Mauer oder Säule ein fremdes Gebäude ruhen laſſen muß (servitus oneris ferendi); der Eigenthümer der Mauer übernimmt die Erhaltung derſelben in tragbarem Stand. Aquilius Gallus wollte auch darauf den obigen Grundſatz anwenden, anders Servius, deſſen Anſicht die herrſchende ward: die refectio parietis kann mit der Servitutenklage gefordert werden, nur hielt man auch hier als Folge des Princips feſt, daß der Eigenthümer ſich durch Dereliction der Mauer befreien, und daß er nicht genöthigt werden könne, das fremde Haus während der

Faſſen wir nun den Inhalt der Servituten für den Berechtigten ins Auge, den Vortheil, den ſie dieſem gewähren, ſo begegnet uns vor allem als ein weſentliches Princip das Erforderniß, daß dieſer die Richtung auf ein beſtimmtes Subject haben muß, deſſen Bedürfniſſen die Servitut entgegenkommt. Daher iſt jede Servitut mit einem beſtimmten Subject verbunden, von dem ſie nicht abgetrennt und auf ein anderes übertragen werden kann, die Trennung iſt nur ſo möglich, daß die Servitut ſelbſt untergeht (§. 257). Deshalb hat denn auch das Subject einen weſentlichen Einfluß auf die Natur und den Inhalt der Servitut ſelbſt. Wie ſich zwey Claſſen von Subjecten denken laſſen, mit denen die Servitut verknüpft ſeyn kann, ſo giebt es auch zwey Claſſen von Servituten, die neben dem, was ihnen als Servituten gemeinſchaftlich iſt, hinwieder eine verſchiedene Natur haben. Das Subject kann nämlich 1) eine individuelle Perſon ſeyn, deren perſönliches Bedürfniß durch die Servitut befriedigt werden ſoll, 2) der Eigenthümer eines Grundſtücks als ſolcher, daher gewiſſermaßen das Grundſtück ſelbſt, ſo daß der Inhalt der Servitut ein Vortheil iſt, der dieſem Grundſtück, alſo dem jedesmaligen Eigenthümer deſſelben als ſolchem gewährt wird. Im erſten Fall iſt die Servitut servitus hominis oder personae oder personalis, im zweiten Fall servitus rei oder praedii (Realſervitut[f]). Es begreift ſich, daß der Inhalt der Servitut ein

---

Herſtellung ſeiner Mauer zu ſtützen L. 6 §. 25 L. 8 pr. §. 2 D. si serv. (8, 5) L. 33 D. de serv. pr. urb. (8, 2). Der juriſtiſche Grund (der auch in der letzten Stelle angedeutet iſt) beſteht darin, daß das Gewähren der dienenden Sache nicht als facere in jenem Sinn angeſehen werden kann, ſonſt würde jede Servitut ein facere enthalten; der Eigenthümer ſtellt eine taugliche Mauer als Gegenſtand der Servitut, taugt ſie nicht mehr, ſo ſtellt er eine andere, die ausgebeſſerte.

f) L. 1 D. de servit. (8, 1) L. 4. 20 §. 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3) u. a. Es kommt auch der Ausdruck vor servitus constituitur in personam und in rem L. 12 D. de annuis leg. (33, 1) d. h. die Servitut iſt im erſten Fall auf eine beſtimmte Perſon, im zweiten auf

anderer ſeyn wird, jenachdem er die Beſtimmung hat, einem perſönlichen oder einem ſachlichen Bedürfniß zu dienen [g]). Eines von beiden aber wird bey jeder Servitut vorausgeſetzt, ohne einen Vortheil der einen oder der andern Art zu gewähren, iſt keine Servitut denkbar [h]).

Was aber die Beſchaffenheit des Vortheils anlangt, der durch die Servitut gewährt wird, ſo bezieht er ſich auf die Benutzung der Sache. Die Servitut enthält alſo die mehr oder weniger beſchränkte Benutzung der unterworfenen Sache zum Vortheil eines beſtimmten Subjects. Für dieſe in Beziehung auf ein beſtimmtes Subject geſtellte Benutzung hat die römi-

---

eine unbeſtimmte, nämlich den jedesmaligen Eigenthümer einer beſtimmten Sache geſtellt.

g) Weil gewiſſe Befugniſſe, die als Inhalt einer Realſervitut vorkommen z. B. Gehen, Waſſerſchöpfen ꝛc. auch als Perſonalſervitut denkbar ſind, ſ. z. B. L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (34, 1), hat man ſich wohl des Ausdrucks bedient: Realſervituten könnten auch als Perſonalſervituten beſtellt werden, nur nicht umgekehrt. Dieſer Ausdruck ſelbſt iſt augenſcheinlich verkehrt, aber wenn wir ihn auch auf den Inhalt der Realſervituten rectificiren, enthält er einen Irrthum, denn auch dem Inhalt nach iſt ein anderes, für ein Grundſtück, ein anderes, für perſönliches Bedürfniß Waſſer zu ſchöpfen.

h) L. 15 pr. D. de servit. (7, 1): Quotiens nec hominum nec praediorum servitus interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Man hat unnöthigerweiſe an L. 19 D. eod.: ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit, quaedam enim habere possumus quamvis ea nobis utilia non sunt, Anſtoß genommen, während die Stelle nur von dem Princip ausgeht, daß bey Realſervituten der Vortheil nicht ein perſönlicher, ſondern ein ſachlicher iſt, der ſich denken läßt, wenn auch der jetzige Eigenthümer der Sache bey dem Gebrauch, den gerade er jetzt davon macht, keinen Nutzen daraus zieht. Vgl. auch Vangerow Leitfaden Bd. I S. 625 ff.

ſche Sprache ein beſonderes Wort: usus[i]); der weſentliche Inhalt der Servituten läßt ſich daher ſo ausdrücken, ſie beſtehen im usus einer fremden Sache; nur bey einer einzigen Servitut geht der Inhalt darüber hinaus, und erſtreckt ſich auf die Benutzung, welche mit dem Wort fructus bezeichnet wird. Dieſe beiden für die Servitutenlehre wichtigen Begriffe ſollen jetzt noch näher erörtert werden.

Man kann bey der Benutzung einer Sache den Bezug der Erzeugniſſe, die ſie hervorbringt z. B. der Früchte eines Landguts, und den ſonſtigen Gebrauch, der ſich davon machen läßt, z. B. das Bewohnen eines Hauſes, die Anwendung eines Pferds zum Ziehen oder Tragen, unterſcheiden. Damit nun, könnte man denken, wäre jener Unterſchied von fructus und usus ausgedrückt. Dem iſt aber nicht ſo. Denn auf der einen Seite bezieht ſich der usus auch auf die Früchte[k]), auf der andern der fructus auf den übrigen Gebrauch, die Vermiethung des Hauſes, des Pferdes ꝛc. iſt ein fructus, der aus der Sache bezogen wird[l]). Die juriſtiſchen Begriffe usus und fructus ſind daher von jener Unterſcheidung unabhängig, und haben vielmehr folgenden Inhalt. Usus heißt die Benutzung einer Sache für ein beſtimmtes Subject, deſſen Bedürfniß und zwar unmittelbar durch die Sache ſelbſt befriedigt werden ſoll; es liegt darin zweierley: Beſchränkung auf das Bedürfniß dieſes Subjects und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte ſelbſt, ohne Umſatz dieſer in ein anderes Object. Beides z. B. trifft zuſammen bey der eigenen Bewohnung eines Hauſes,

---

i) Vgl. L. 203 D. de V. S. (50, 16) L. 28 D. de auro argento (34, 2) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9), beſonders aber Dig. VII. 8: de usu etc.

k) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9): — quod si fructus in usu habuit — im Gegenſatz zu dem, der die Früchte verkauft hat. L. 12 §. 1 L. 15 pr. D. de usu (7, 8).

l) L. 36 D. de usur. (22, 1): praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 39 §. 1 D. de legat. I (30). L. 29 D. de H. P. (5, 3).

während bey der Vermiethung zwar das erſte noch denkbar wäre, aber das zweite wegfällt, indem der von dem Haus unmittelbar gewährte Vortheil in einen andern (das Geldäquivalent) umgeſetzt wird. Nach den zwey Claſſen von Servituten kann das Subject entweder eine Perſon oder ein Grundſtück ſeyn. Wenn der Inhalt einer Realſervitut auf Erzeugniſſe geht z. B. auf Mineralien oder Vegetabilien, welche die dienende Sache hervorbringt, ſo liegt in der Servitut, da ſie ſich auf den usus beſchränkt, nur das Recht, ſie unmittelbar und in ihrer eigenen Geſtalt für das Grundſtück zu verwenden, nicht ſie zu verkaufen oder ſonſt in Geld umzuſetzen, denn dieß würde nicht mehr usus ſondern fructus ſeyn[m]). Fructus dagegen iſt die Benutzung, welche über den usus hinausgeht, betreffe ſie übrigens die natürlichen Erzeugniſſe der Sache (natürliche Früchte), oder den ſonſtigen Gebrauch, inſofern er durch Umſatz productiv gemacht wird (Note l): quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur (juriſtiſche Früchte, man nennt ſie fructus civiles, bey den Römern kommt dieſer Ausdruck nicht vor). Gegenüber dem usus ſtellt ſich der fructus als ein Gewinn dar, der aus der Sache bezogen wird[n]), aber auch der fructus hat eine Gränze, ſie liegt in der Natur der Sache und der ihr gegebenen Beſtimmung, nur der dieſer entſprechende Gewinn iſt fructus[o]).

---

m) L. 5 §. 1 L. 6 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit; — veluti si figulinas habeant, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur — vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent figulinae exercerentur, ususfructus erit —.

n) Compendium L. 59 §. 2 D. de usufr. (7, 1) L. 12 §. 1 D. de usu (7, 8).

o) S. oben §. 242 Note ii und kk. Dieſe Schranke drückt auch L. 26 D. de usur. (22, 1) aus: venationem fructus fundi negavit esse nisi fructus fundi ex venatione constet d. h. die Entſcheidung hängt von der dem Fundus gegebenen Beſtimmung ab.

Die Eigenſchaft der Servituten, daß ſie auf den usus gehen, macht ſie untheilbar[p]), was als Inhalt einer Servitut feſtgeſtellt iſt, kann weder theilweiſe gegeben, noch theilweiſe aufgehoben werden[q]), darum kann die Servitut auch nicht an einem ideellen Theil der Sache beſtellt, noch verloren werden; wie ich daher eine Servitut an der Sache, deren Miteigenthümer ich bin, nicht erwerben kann (denn da ich kein ius in re an meiner eigenen Sache haben kann, könnte ich ſie nur an dem Theil, der mir nicht gehört, erwerben, dieß aber iſt unmöglich), ſo geht die Servitut nicht unter, wenn der Berechtigte Miteigenthümer der Sache wird (denn ſie würde nur zu dieſem Theil untergehen, dieß iſt aber durch ihre Untheilbarkeit ausgeſchloſſen[r]). Einer von mehreren Miteigenthümern der Sache kann keine Servitut beſtellen, denn er könnte es nur zu ſeinem Theil, ſtreng genommen wäre in dieſem Fall eine Beſtellung überall unzuläßig, man hat aber eine Beſtellung durch alle Miteigenthümer, in demſelben Act oder ſucceſſiv, zugelaſſen, und daſſelbe gilt von Miteigenthümern des Grundſtücks, für welches die Servitut beſtellt werden ſoll[s]). Dieſe Untheilbarkeit gilt nicht bloß von den Realſervituten, ſondern auch von dem usus als Perſonalſervitut[t]), es iſt undenkbar z. B. den ideellen Theil eines Hauſes zu bewohnen, oder auch den Act des Wohnens ſelbſt zum Theil vorzunehmen. Dagegen iſt fructus etwas theilbares, die Emolumente, in denen der Fructus beſteht, laſſen ſich von einem ideellen Theil der Sache, und ſie ſelbſt laſſen ſich getheilt denken, darum iſt der

---

p) Pompon. L. 17 D. de servit. (8, 1): — usus earum individuus est —. Ein anderes Fragment des Pomponius (Bd. I §. 104 Note v): et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.

q) L. 17 cit. L. 2. 6. 8 §. 1 L. 16 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

r) L. 6 §. 3 D. comm. praed. (8, 4) L. 8 §. 1 D. de servit. (8, 1).

s) L. 2. 11 D. de servit. (8, 1) L. 18 D. comm. praed. (8, 4) L. 32 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

t) L. 19 D. de usu (7, 8).

ſche Sprache ein beſonderes Wort: usus[i]); der weſentliche Inhalt der Servituten läßt ſich daher ſo ausdrücken, ſie beſtehen im usus einer fremden Sache; nur bey einer einzigen Servitut geht der Inhalt darüber hinaus, und erſtreckt ſich auf die Benutzung, welche mit dem Wort fructus bezeichnet wird. Dieſe beiden für die Servitutenlehre wichtigen Begriffe ſollen jetzt noch näher erörtert werden.

Man kann bey der Benutzung einer Sache den Bezug der Erzeugniſſe, die ſie hervorbringt z. B. der Früchte eines Landguts, und den ſonſtigen Gebrauch, der ſich davon machen läßt, z. B. das Bewohnen eines Hauſes, die Anwendung eines Pferds zum Ziehen oder Tragen, unterſcheiden. Damit nun, könnte man denken, wäre jener Unterſchied von fructus und usus ausgedrückt. Dem iſt aber nicht ſo. Denn auf der einen Seite bezieht ſich der usus auch auf die Früchte[k]), auf der andern der fructus auf den übrigen Gebrauch, die Vermiethung des Hauſes, des Pferdes ꝛc. iſt ein fructus, der aus der Sache bezogen wird[l]). Die juriſtiſchen Begriffe usus und fructus ſind daher von jener Unterſcheidung unabhängig, und haben vielmehr folgenden Inhalt. Usus heißt die Benutzung einer Sache für ein beſtimmtes Subject, deſſen Bedürfniß und zwar unmittelbar durch die Sache ſelbſt befriedigt werden ſoll; es liegt darin zweierley: Beſchränkung auf das Bedürfniß dieſes Subjects und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte ſelbſt, ohne Umſatz dieſer in ein anderes Object. Beides z. B. trifft zuſammen bey der eigenen Bewohnung eines Hauſes,

---

i) Vgl. L. 203 D. de V. S. (50, 16) L. 28 D. de auro argento (34, 2) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9), beſonders aber Dig. VII. 8: de usu etc.

k) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9): — quod si fructus in usu habuit — im Gegenſatz zu dem, der die Früchte verkauft hat. L. 12 §. 1 L. 15 pr. D. de usu (7, 8).

l) L. 36 D. de usur. (22, 1): praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 39 §. 1 D. de legat. I (30). L. 29 D. de H. P. (5, 3).

während bey der Vermiethung zwar das erſte noch denkbar wäre, aber das zweite wegfällt, indem der von dem Haus unmittelbar gewährte Vortheil in einen andern (das Geldäquivalent) umgeſetzt wird. Nach den zwey Claſſen von Servituten kann das Subject entweder eine Perſon oder ein Grundſtück ſeyn. Wenn der Inhalt einer Realſervitut auf Erzeugniſſe geht z. B. auf Mineralien oder Vegetabilien, welche die dienende Sache hervorbringt, ſo liegt in der Servitut, da ſie ſich auf den usus beſchränkt, nur das Recht, ſie unmittelbar und in ihrer eigenen Geſtalt für das Grundſtück zu verwenden, nicht ſie zu verkaufen oder ſonſt in Geld umzuſetzen, denn dieß würde nicht mehr usus ſondern fructus ſeyn[m]). Fructus dagegen iſt die Benutzung, welche über den usus hinausgeht, betreffe ſie übrigens die natürlichen Erzeugniſſe der Sache (natürliche Früchte), oder den ſonſtigen Gebrauch, inſofern er durch Umſatz productiv gemacht wird (Note l): quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur (juriſtiſche Früchte, man nennt ſie fructus civiles, bey den Römern kommt dieſer Ausdruck nicht vor). Gegenüber dem usus ſtellt ſich der fructus als ein Gewinn dar, der aus der Sache bezogen wird[n]), aber auch der fructus hat eine Gränze, ſie liegt in der Natur der Sache und der ihr gegebenen Beſtimmung, nur der dieſer entſprechende Gewinn iſt fructus[o]).

---

m) L. 5 §. 1 L. 6 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit; — veluti si figulinas habeant, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur — vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent figulinae exercerentur, ususfructus erit —.

n) Compendium L. 59 §. 2 D. de usufr. (7, 1) L. 12 §. 1 D. de usu (7, 8).

o) S. oben §. 242 Note ii und kk. Dieſe Schranke drückt auch L. 26 D. de usur. (22, 1) aus: venationem fructus fundi negavit esse nisi fructus fundi ex venatione constet d. h. die Entſcheidung hängt von der dem Fundus gegebenen Beſtimmung ab.

Die Eigenſchaft der Servituten, daß ſie auf den usus gehen, macht ſie untheilbar[p]), was als Inhalt einer Servitut feſtgeſtellt iſt, kann weder theilweiſe gegeben, noch theilweiſe aufgehoben werden[q]), darum kann die Servitut auch nicht an einem ideellen Theil der Sache beſtellt, noch verloren werden; wie ich daher eine Servitut an der Sache, deren Miteigenthümer ich bin, nicht erwerben kann (denn da ich kein ius in re an meiner eigenen Sache haben kann, könnte ich ſie nur an dem Theil, der mir nicht gehört, erwerben, dieß aber iſt unmöglich), ſo geht die Servitut nicht unter, wenn der Berechtigte Miteigenthümer der Sache wird (denn ſie würde nur zu dieſem Theil untergehen, dieß iſt aber durch ihre Untheilbarkeit ausgeſchloſſen[r]). Einer von mehreren Miteigenthümern der Sache kann keine Servitut beſtellen, denn er könnte es nur zu ſeinem Theil, ſtreng genommen wäre in dieſem Fall eine Beſtellung überall unzuläßig, man hat aber eine Beſtellung durch alle Miteigenthümer, in demſelben Act oder ſucceſſiv, zugelaſſen, und daſſelbe gilt von Miteigenthümern des Grundſtücks, für welches die Servitut beſtellt werden ſoll[s]). Dieſe Untheilbarkeit gilt nicht bloß von den Realſervituten, ſondern auch von dem usus als Perſonalſervitut[t]), es iſt undenkbar z. B. den ideellen Theil eines Hauſes zu bewohnen, oder auch den Act des Wohnens ſelbſt zum Theil vorzunehmen. Dagegen iſt fructus etwas theilbares, die Emolumente, in denen der Fructus beſteht, laſſen ſich von einem ideellen Theil der Sache, und ſie ſelbſt laſſen ſich getheilt denken, darum iſt der

---

p) Pompon. L. 17 D. de servit. (8, 1): — usus earum indivisus est —. Ein anderes Fragment des Pomponius (Bd. I §. 104 Note v): et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.

q) L. 17 cit. L. 2. 6. 8 §. 1 L. 16 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

r) L. 6 §. 3 D. comm. praed. (8, 4) L. 8 §. 1 D. de servit. (8, 1).

s) L. 2. 11 D. de servit. (8, 1) L. 18 D. comm. praed. (8, 4) L. 32 D. de serv. pr. rust. (8, 3). *t*) L. 19 D. de usu (7, 8).

Uſusfructus die einzige Servitut, die theilbar iſt, zum Theil und an einem Theil der Sache entſtehen und untergehen kann [u]).

Die Benutzung, die den Inhalt der Servitut ausmacht, haben wir als usus erkannt, darin liegt die Beſtimmung der Servitut für ein gewiſſes Subject, die zu ihrem Begriff gehört [v]), und ſie von andern Rechten auf Benutzung (Superficies und Emphyteuſis) unterſcheidet, damit aber zugleich die Unveräußerlichkeit. Wenn eine Servitut, der Uſusfructus, ein von dem usus verſchiedenes Element in ſich trägt, das an und für ſich eine Beziehung auf ein beſtimmtes Subject nicht enthält, und daher auch der Veräußerlichkett nicht widerſprechen würde, ſo iſt doch auch hier das Weſen der Servitut feſtgehalten, die Uebertragung des Rechts auf einen Andern ausgeſchloſſen worden, nur den Einfluß hat die Miſchung mit jenem Element gehabt, daß die Ausübung des Uſusfructus an einen Andern (durch Schenkung, Verkauf, Vermiethung ꝛc.) überlaſſen werden kann [w]). Mit jenem Weſen der Servituten hängt auch der Grundſatz zuſammen: servitus servitutis esse non potest [x]). Ein Uſus am Uſus wäre wörtlich ohnedieß ein

---

u) L. 5 D. de usufr. (7, 1) L. 1 §. 9 D. ad L. falcid. (35, 2).

v) Dieſen unterſcheidenden Beſtandtheil des Begriffs der Servitut („zum Vortheil einer beſtimmten Perſon oder Sache") im Gegenſatz zu Superficies und Emphyteuſe hat zuerſt mit Entſchiedenheit ausgeſprochen Löhr Magazin für Rechtswiſſ. III (1820) S. 488 ff.

w) L. 12 §. 2 D. de usufr. (7, 1): Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest, nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur (es iſt ein Uſus des Aequivalents, in das nach der Eigenthümlichkeit des Fructus der urſprüngliche Gegenſtand umgeſetzt werden kann) —. Fragm. vat. 41. L. 66 D. de iure dot. (23, 3): — ut ipsum quidem ius remaneat apud maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

x) L. 33 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 1 D. de usu et usufr. leg. (33, 3). In der erſten Stelle iſt von einer beſtehenden Servitut die Rede, an welcher der Berechtigte nicht wieder eine Servitut beſtellen kann, in der zweiten von einem usus oder ususfructus an einem

Abſurdum (z. B. Bewohnen meines Bewohnens), denkt man ſich aber die Servitut als einen von der Servitut veräußerten Beſtandtheil, ſo iſt dieß unmöglich theils wegen der Untheilbarkeit, theils inſonderheit wegen Untrennbarkeit des Uſus von dem Subject. Eben ſo wenig läßt ſich ein Fructus am Uſus (alſo ein Uſusfructus an irgend einer andern Servitut) denken, weil dieß nicht ohne den Uſus ſelbſt zu verwandeln möglich wäre, und wenn endlich factiſch Fructus vom Fructus ſich wohl als eine Möglichkeit darſtellt, ſo iſt doch auch dieſes ausgeſchloſſen, da es eine partielle Veräußerung des Uſusfructus wäre, die bey dieſer ſo wenig als bey andern Servituten zugelaſſen iſt.

Servitutes praediorum.

CCLIII. Servitut iſt das Recht auf Benutzung einer fremden Sache für ein individuell beſtimmtes Subject. Dieſes Subject kann ein Grundſtück ſein. Die Servitut beſteht hier zwiſchen zwey Grundſtücken, von denen das eine, für welches ſie beſtimmt iſt, das herrſchende (praedium dominans), das andere, welches ihr unterworfen iſt, das dienende (pr. serviens) genannt zu werden pflegt. Dieſe Realſervituten ſind Servituten für Grundſtücke an Grundſtücken. Darin liegen die drey Grundprincipien, von denen ihre Exiſtenz und ihre rechtliche Beurtheilung abhängt: 1) daß der Vortheil, in dem ſie beſtehen, dem herrſchenden Grundſtück, 2) daß er von dem dienenden Grundſtück gewährt werden muß (auf beides bezieht ſich der Satz, daß der Servitut eine perpetua causa zu Grunde liegen ſoll), 3) daß beide Grundſtücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander ſich befinden müſſen, das dieſe Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht. Dieſe Grundſätze ſollen nun näher erörtert werden.

Recht zu gehen ꝛc. das gar noch nicht als Servitut exiſtirt, ſondern nur erſt als Gegenſtand jenes Uſus ꝛc. entſtehen ſollte.

1) Eine Realſervitut iſt nur für ein Grundſtück möglich. Nur wer ein Grundſtück hat, kann eine ſolche Servitut erwerben[a]). Und ihr Inhalt muß von der Beſchaffenheit ſeyn, daß dadurch dem herrſchenden Grundſtück ein Vortheil zugeht, daß ſein Gebrauch dadurch erhöht wird. Ein Vortheil der dem Eigenthümer des Grundſtücks nicht als ſolchem, ſondern in anderen Beziehungen beſtellt wird, kann nie als Realſervitut behandelt werden. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Grundſtücks ein Handwerk betreibt, um deſſen willen er ſich von ſeinem Nachbar das Recht beſtellen läßt, auf deſſen Grundſtück irgend etwas vorzunehmen (etwa weil es ihm auf ſeinem eigenen an Raum, oder an andern Bedingungen des zweckmäßigen Betriebs gebricht), ſo kann dieſes Recht eine Forderung, es kann auch eine Perſonalſervitut, niemals aber eine Realſervitut ſeyn, ſo wenig als das Recht, in ſeines Nachbarn Garten ſpazieren zu gehen[b]). Dieſes Princip entſcheidet auch über das Maß der Servitut, der Umfang ihrer Ausübung iſt ſtets auf das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks beſchränkt. Wer z. B. das Weiderecht als Realſervitut hat, kann davon nur für das Vieh, welches zum Betrieb der Landwirthſchaft auf dem herrſchenden Gut gehört, nicht für anderes Gebrauch machen, wer das Recht hat, Waſſer zu leiten, kann es nur für das herrſchende Grundſtück, nicht für ein anderes (ſey es ein fremdes oder ſein eigenes)[c]). Das Maß der

---

a) L. 1 §. 1 D. comm. praed. (8, 4).

b) L. 8 pr. D. de servit. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 5. 6 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

c) L. 5. 6. cit. Pompon. L. 24 eod.: Ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare, Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possim. Proculi sententia verior est. Ein Anderes iſt der Abfluß des Waſſers von dem herrſchenden Grundſtück, nachdem es hier ſeine Dienſte gethan hat, wenn dieſer Ueberſchuß nicht durch eine Vergrößerung des Waſſerbezugs erreicht wird L. 1 §. 16 D. de aqua (43, 20).

Servitut alſo kann nie über das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks hinausgehen, natürlich kann es aber unter demſelben bleiben, die Servitut kann mit Beſchränkungen gegeben werden. Auch wenn die Servitut unbeſchränkt gegeben iſt, ſoll ſie mit Schonung des dienenden Grundſtücks und der Intereſſen des Eigenthümers, ſoweit dieß ohne erhebliche Schmälerung des beabſichtigten Vortheils geſchehen kann, ſie ſoll civiliter ausgeübt werden[d]). Nach dieſen Grundſätzen über das Maß der Servitut entſcheidet ſich auch die Frage, inwiefern der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks aus der gleichen, dem Andern eingeräumten Benutzung verdrängt wird. Es iſt klar, daß der Eigenthümer zurückſtehen muß, wo ſeine Benutzung die dem Servitutberechtigten ſeinem Recht gemäß zuſtehende und in ihren vertragsmäßigen oder geſetzlichen Schranken bleibende ſchmälern würde, ſomit reducirt ſich die Frage auf die facti quaestio, ob in dem vorliegenden Fall die Handlung des Eigenthümers ſich mit dem Recht der Servitut verträgt, was allerdings das Gewöhnliche iſt, weil der Bezug des Vortheils für das herrſchende Grundſtück die Kräfte des dienenden regelmäßig nicht erſchöpfen wird.

Wenn der Inhalt der Servitut, wie wir geſehen haben, weſentlich durch das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks beſtimmt wird, ſo muß auf ſeine Geſtaltung die Verſchiedenheit der Grundſtücke ſelbſt und ihrer Beſtimmung einen entſcheidenden Einfluß haben, die Servituten müſſen nach dieſem Umſtand ſelbſt dem Inhalt nach verſchieden ſeyn. Dieß iſt die wahre Bedeutung ihrer Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und urbanorum[e]). Schon dadurch iſt es klar, daß die Ausdrücke praedia rustica und urbana hier nicht nach der Lage der Grundſtücke genommen werden, denn dieſer würde

---

d) L. 9 D. de servit. (8, 1) L. 20 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

e) In L. 1 D. si servit. (8, 5) heißen ſie servitutes rusticae und urbanae.

nicht jener Einfluß zukommen, ſondern nach der Beſtimmung die ſie haben, praedia urbana ſind Gebäude, praedia rustica gebäudeloſe Plätze, und wenn beides in dem herrſchenden Grundſtück zuſammentrifft, ſo wird es darauf ankommen, auf welchen Theil des Grundſtücks der Inhalt der Servitut ſich allein oder vornehmlich bezieht (vgl. §. 223 Note f)[f]). Es folgt aber ferner aus jenem innern Sinn der Eintheilung, daß ſie ſich nach der Beſchaffenheit des herrſchenden Grundſtücks beſtimmt, denn das Bedürfniß dieſes iſt es, welches der Servitut zunächſt ihren Inhalt giebt[g]). Endlich iſt dieſe Eintheilung nicht eine bloß äußerliche, ſie afficirt den Inhalt der Servituten ſelbſt, ſo wenig man daher ſagen kann, daß eine Realſervitut ſich als Perſonalſervitut beſtellen läßt (§. 252 Note g), eben ſo wenig, daß eine servitus rustica als urbana vorkommen könne und umgekehrt. Gewiſſe Befugniſſe z. B. Gehen,

---

f) Iſt die servitus altius non tollendi zum Beſten eines Hauſes gegeben, an dem ein Hof oder Garten ſich befindet, ſo iſt ſie dennoch praedii urbani, und die servitus calcis coquendae iſt praedii rustici, auch wenn man dabey die Herſtellung der Wirthſchaftsgebäude des Landguts im Auge hat, denn ſie werden hier als Acceſſion des praedium rusticum betrachtet, und dieſes iſt es, welches in ihnen jenen Vortheil empfängt.

g) Wie servitutes personarum die ſind, welche Perſonen, und servitutes praediorum die, welche Grundſtücke, ſo servitutes praediorum rusticorum ꝛc. die, welche praedia rustica ꝛc. zum Subject haben L. 1 D. de servit. (8, 1). Die Stellen die man für einen abweichenden Sprachgebrauch (Benennung nach dem dienenden Grundſtück) anzuführen pflegt, enthalten einen ſolchen keineswegs vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 191. — Aus einem andern Geſichtspunkt als die hier beſprochene iſt die Unterſcheidung in L. 3 D. de servit.: servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt, gefloſſen, von der ſich Anwendungen in L. 20 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) finden. Wie es ſcheint, ſind unter den letzteren ſolche gemeint, die an der superficies hervortreten, und ſich an ihr gleichſam verkörpern, indem ſie ihr eine beſondere Geſtalt geben, wie dieß bey dem tignum immissum, dem stillicidium, überhaupt bey den allermeiſten servitutes praediorum urbanorum der Fall iſt.

Waſſerleiten, können Inhalt der einen und der andern Art von Servituten[h]), aber dieſer Inhalt wird in beiden Fällen keineswegs oder nur zufällig identiſch ſeyn, und es wäre ganz unrichtig, die Servitut, wodurch ich mir Waſſer in die Küche, und die wodurch ich mir die Bewäſſerung meiner Wieſe verſchaffe, als eine und dieſelbe servitus aquaeductus zu behandeln[i]).

Es ſollen hier ſogleich die vornehmſten Fälle, welche in unſeren Quellen für die eine und für die andere Claſſe von Servituten vorkommen, angegeben und erklärt werden.

Unter den servitutes praediorum rusticorum werden vier beſonders hervorgehoben, die ſich auf die allererſten und einfachſten Bedürfniſſe beim Landbau beziehen: iter, actus, via,

---

h) L. 11 §. 1 D. de public. act. (6, 2) vgl. unten Note s. — Schwierigkeit macht L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3): Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Bey dieſen Servituten wird offenbar ein Gebäude als herrſchendes Grundſtück vorausgeſetzt. Entweder hat der Juriſt rusticorum im bloß örtlichen Sinn genommen, oder er hat den Fall im Auge gehabt, daß der Eigenthümer eines Platzes ſich eine Servitut für den Fall eines künftig zu errichtenden Gebäudes beſtellen läßt L. 23 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

i) Die richtige Auffaſſung der Eintheilung beſteht in der Verbindung des äußeren und inneren Moments derſelben, ſie hängt von der Einſicht ab, daß das erſte (die Beſchaffenheit des herrſchenden Grundſtücks) maßgebend iſt für das zweite (den Inhalt der Servitut), daß eine Servitut, jenachdem ſie rustici oder urbani praedii iſt, auch einen verſchiedenen Gehalt hat. Gewöhnlich hält man ſich bloß an das Aeußerliche. Dagegen haben ſich Einige mit Recht erklärt, und eine innere Beziehung geſucht (Stever de serv. praed. 1817, v. Vangerow Leitfaden I S. 631 ff.), aber ſie ſind in den entgegengeſetzten Irrthum gerathen, das äußere Moment ganz fallen zu laſſen. Sie ſubſtituiren der römiſchen eine Eintheilung in Servituten, vermöge deren man 1) etwas auf dem dienenden Grundſtück hat, 2) etwas verbietet, 3) etwas thut; 1 und 2 hätten die Römer wunderlicher Weiſe servitutes praediorum urbanorum, 3 dagegen serv. pr. rusticorum genannt.

aquaeductus[k]). Die erſten drey haben das mit einander gemein, daß ſie den Zugang zu dem herrſchenden Gut gewähren, ſie ſind Wegſervituten, aber verſchiedenen Inhalts[l]). Unter iter wird das bloße Gehen von Menſchen oder Thieren, auch von beladenen Menſchen und Thieren (daher auch Reiten) verſtanden (wenn nicht etwa die eine oder andere dieſer Befugniſſe beſonders bey der Beſtellung ausgenommen worden iſt), nur hat man ſich bewogen gefunden, das aufrechte Tragen einer Stange (hastam rectam ferre) auszuſchließen, der Gefahr für die Bäume wegen. Im actus liegt das Recht Vieh zu treiben, ledig oder angeſpannt, alſo zu fahren (iumenta, vehiculum agere, ducere), doch nur mit einem ordentlichen Wagen, nicht mit einer Schleife (lapidem aut tignum trahere). Die gewöhnliche Bezeichnung für den vollen Actus war ire agere, aber auch wenn bey der Beſtellung bloß der actus genannt wird, ſoll das iter ſtillſchweigend darin begriffen ſeyn, ja es ſoll nie ein actus sine itinere angenommen werden[m]). Im Iter

---

k) L. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

l) L. 1 cit. L. 7. 8. 12. 13. 23 pr. 26. 28 D. eod. Vgl. Puchta über die Wegſervituten, civil. Abhandl. 1823 III. — Eine vierte Wegſervitut iſt die servitus navigandi, die in L. 23 §. 1 eod. erwähnt wird.

m) Dieß iſt die Anſicht des Paulus L. 1 D. de adim. leg. (34, 4): qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest, er behandelt dieſen Fall, wie Florentinus einen andern L. 14 §. 1 eod.: quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetes. Der Grund iſt, daß es eine Thorheit wäre, wenn man den Herrn z. B., der ſeinen Knecht mit dem Wagen vorausgeſchickt hat, verhindern wollte, allein nachzugehen, ihn alſo zwingen, einen zweiten Wagen zu nehmen, oder den erſten wieder kommen zu laſſen, um ihn abzuholen. Dagegen ſagt Ulpian L. 4 §. 1 D. si servit. (8, 5): qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur (mit der Intentio: si paret ius agendi actoris esse, es iſt, will er ſagen, nicht nothwendig das eundi dazu zu ſetzen). Er giebt alſo die Möglichkeit jener Beſchränkung zu, oder läßt es wenigſtens dahin geſtellt, daß man dieſe Meinung ha-

und Actus liegt aber auch nichts als das Recht, dieſe Handlungen, von denen die Servituten den Namen haben, auf dem dienenden Grundſtück vorzunehmen, nicht die Befugniß eine Straße anzulegen, nur daß freilich nach dem allgemeinen Grundſatz, wonach mit der Servitut auch die Mittel ihrer Ausübung gegeben ſind, der Berechtigte Hinderniſſe entfernen, den Ort gang= oder fahrbar machen, und in dieſem Zuſtand erhalten kann[n]); darum laſſen ſich iter und actus ſo denken, daß kein beſtimmter Platz für ihre Ausübung, keine beſtimmte einzuhaltende Richtung vorgezeichnet wird, obwohl, wenn es der Vortheil des dienenden Grundſtücks erheiſcht, eine ſolche Determination zu vermuthen iſt[o]). Aber es kann mit der Servitut auch das Recht eines angelegten Wegs, einer Straße, verbunden ſein, iſt dieß bey dem vollſtändigen Actus der Fall, ſo heißt die Servitut servitus viae[p]). Die via enthält, was die Wegbenutzung anlangt, das vollſtändige ius eundi agendi[q]), nur kommt noch das Recht eines hergerichteten Wegs hinzu, wodurch ſich dieſe Servitut von dem Actus ſchlechtweg unterſcheidet. Daraus erklärt ſich, warum man hier dem Berechtigten auch das Schleifen geſtattete, er ſchadete durch eine ſolche Benutzung nicht dem Eigenthümer, ſondern nur ſich,

---

den könne. (Ueber die verſchiedenen Erklärungen jener Stellen vgl. Vangerow Leitfaden I S. 652).

n) Daher das interdictum de itinere actuque reficiendo in dieſem Fall ſtattfindet L. 3 §. 11 D. de itin. (43, 19).

o) L. 13 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 6 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6). *p*) L. 23 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

q) Daher gilt „iter et actus" auch als Ausdruck für die via, ſo wenn jemand die Beſtellung einer via ſtipulirt hat, und die Acceptilation, wodurch dieſe Verbindlichkeit getilgt werden ſoll, auf iter et actus gerichtet wird, gilt dieß wie wenn das Wort via gebraucht worden wäre L. 13 §. 1 D. de de acceptil. (46, 4). Ferner das Interdict de itinere actuque privato bezieht ſich auch auf die via; endlich wurde bey der Klage die Intentio ohne Zweifel auf das ius eundi agendi gerichtet.

wenn er ſeinen Weg dadurch ruinirte. Auch das hastam rectam ferre wurde ihm verſtattet, wenn nur bey der Anlegung der Straße dafür geſorgt war, daß dadurch die Bäume nicht gefährdet wurden[r]). Iſt die Breite der via nicht bey der Beſtellung feſtgeſetzt, ſo wird die Beſtimmung der Zwölf Tafeln über öffentliche Wege (§. 223 Note ff) angewendet, wonach die via gerade aus 8 Fuß, wo ſie ein Knie macht 16 Fuß breit ſeyn ſoll[s]).

Das herrſchende Grundſtück mittelſt des dienenden mit Waſſer zu verſehen, iſt der Inhalt mehrerer Servituten, von denen die wichtigſte die servitus aquaeductus iſt. Der allgemeine Inhalt derſelben iſt das Recht, Waſſer über das dienende Grundſtück auf das herrſchende zu leiten, dieſes iter aquae begreift natürlich das Recht Rinnen anzulegen von der Beſchaffenheit, wie es der Zweck erheiſcht[t]). Das Waſſer kann anders woher kommen, ſo daß das dienende Grundſtück nur den Boden für die Leitung gewährt, aber die Servitut kann überdieß den beſonderen Inhalt haben, daß das Waſſer von dem Grundſtück ſelbſt genommen wird (§. 254 Note b). Dieſe letztere Befugniß nun läßt ſich auch ohne die erſte denken, indem das Recht gegeben wird, Waſſer zu holen, ohne es zu leiten, dieß iſt der Inhalt der servitus aquaehaustus[u]), oder das Recht, das zur Bewirthſchaftung des herrſchenden Grund-

---

r) L. 7 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

s) L. 8. 23 pr. D. eod. Varro de L. L. VII. 15 (Müll.): — anfractum est flexum, ab origine duplici dictum, ab ambitu et frangendo; ab eo leges iubent in directo pedum VIII esse, in anfracto XVI, id est in flexu. — Die ganze Theorie der Wegſervituten iſt zunächſt für dieſelben als servitus praediorum rusticorum beſtimmt, kann alſo nicht ſchlechthin auf den Fall angewendet werden, wenn eine Wegſervitut für ein praedium urbanum beſtellt wird; für das interdictum de itinere iſt dieß ſogar ausdrücklich bemerkt L. 1 §. 1 D. de itin. (43, 19): — pertinens ad rusticas tantummodo servitutes.

t) L. 17 §. 1 D. de aqua pluv. (39, 3) Tit. D. de rivis (43, 21).

u) L. 3. §. 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

ſtücks dienende Vieh zur Tränke hinzuführen. Auf weniger allgemeine Bedürfniſſe beziehen ſich das Recht, Mineralien aus dem dienenden Grundſtück zu holen (servitus cretae eximendae, arenae fodiendae, lapides eximendi u. ſ. f.), Vieh zur Weide hinzuführen, servitus pascendi oder pascui[v]). Auch eine negative Servitut wird erwähnt: si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae meae aquae gratia[w]).

Die servitutes praediorum urbanorum ſind darauf berechnet, Gebäuden durch die Beſchränkung anderer Grundſtücke (ſeien dieſe ebenfalls Gebäude oder nicht) gewiſſe Vortheile zu verſchaffen oder zu erhalten. Die Beſchränkung des dienenden Grundſtücks kann darin beſtehen, daß es einen Theil des herrſchenden Gebäudes tragen oder in ſeinem Bereich dulden muß, wie es bey der servitus oneris ferendi der Fall iſt (§. 252 Note e), ferner bey der servitus tigni immissi, die das Recht giebt Balken oder Steine des herrſchenden Gebäudes in die fremde Wand einzuſchieben[x]), ſodann bey der servitus proiiciendi und protegendi, mit einem Vorſprung des Gebäudes den fremden Luftraum zu occupiren[y]). Am nächſten liegen dieſen die Servituten, bey denen eine Vorrichtung auf dem fremden Grundſtück dem unſrigen Licht oder Ausſicht verſchafft[z]). Das Bedürfniß, das Regenwaſſer, den Rauch, den Unrath

---

v) L. 3 pr. 4. 6 §. 1 D. eod. Dieſe Servitut war bey den Römern ſeltner wegen des Inſtituts der öffentlichen Weiden, pascua, auf deren Benutzung die Grundeigenthümer gegen eine Abgabe Anſpruch hatten. Und wo dieß nicht ausreichte, pflegte man ſich durch Pachtung das Weiderecht auf Privatgrundſtücken zu verſchaffen Cato de R. R. 149: Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. (Vgl. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Sommerkatalog 1846. R.)

w) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1).

x) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 8 §. 1. 2 D. si serv. (8, 5).

y) L. 2 cit. L. 242 §. 1 D. de V. S. (50, 16).

z) Z. B. Fenſter in die fremde Mauer, oder (Erkerfenſter) in den fremden Luftraum hinaus anzulegen, vgl. unten Note cc.

fortzuſchaffen führt auf die servitus stillicidii, die den Nachbar nöthigt, den Tropfenfall (stillicidium) oder den geſammelten Strom des Regenwaſſers (flumen) aufzunehmen (verbunden mit einer servitus protegendi oder proiiciendi)[aa], die servitus fumi immittendi, cloacae[bb]. — Es kann aber für ein Gebäude auch ſchon dieß ein erheblicher Vortheil ſeyn, daß der Nachbar etwas unterläßt, z. B. das Bauen, oder Höherbauen, oder andere Verrichtungen, wodurch Licht, Ausſicht, oder ſonſtige mit dem gegenwärtigen Zuſtand verknüpfte Vorzüge eines Gebäudes verringert werden können. Darauf beziehen ſich die servitutes altius non tollendi, ne luminibus officiatur, ne prospectui officiatur[cc].

Es kommen auch servitutes altius tollendi et officiendi luminibus (licere altius tollere et officere praetorio vicini), stillicidii non recipiendi vor[dd]. Das einfache Recht höher zu bauen kann keine Servitut ſeyn, denn es iſt ohne alle Servitut im Eigenthum enthalten[ee]. Eben darum kann auch die

---

aa) §. 1 I. de servit. (2, 3) L. 20 §. 2—6 D. de serv. pr. urb. (8, 2). *bb)* L. 7 D. de servit. (8, 1) L. 8 §. 5—7 D. si servit. (8, 5).

cc) L. 4. 11. 12. 15—17 D. de serv. pr. urb. (8, 2). Der Ausdruck servitus luminum und prospiciendi iſt ein allgemeinerer, der überhaupt eine das Licht oder die Ausſicht betreffende Servitut bedeutet L. 12. 22. 23 D. eod. In L. 4 D. eod. wird der Inhalt der servitus luminum ſpecieller gegenüber der serv. ne luminibus officiatur dahin beſtimmt: ut vicinus lumina nostra excipiat, was nach dem Zuſammenhang wohl ſo zu erklären iſt, daß er beim Bauen unſere Fenſter frey laſſen muß (die ſehr verſchiedenen Meinungen darüber recenſirt weitläufig Vangerow Leitfaden I S. 658—663). Der Ausdruck serv. prospiciendi kommt nur in §. 2 I. de action. (4, 6) vor. Auch der Note z erwähnte Fall könnte als servitus luminum oder de prospectu bezeichnet werden.

dd) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 7 §. 1 D. comm. praed. (8, 4) L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2) §. 1 I. de servit. (2, 3).

ee) L. 9 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla competit actio. L. 10

reine Befreiung von einer servitus altius non tollendi nur als Herſtellung der libertas rei, nicht als eine neue entgegengeſetzte Servitut angeſehen werden[ff]). Dagegen läßt ſich die Sache ſo denken, daß die bisher beſtehende servitus altius non tollendi, non officiendi, stillicidii avertendi, im Ganzen beſtehen bleiben, aber modificirt und beſchränkt werden ſoll, dieß kann wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht durch Aufgeben eines Theils derſelben, wohl aber durch Conſtituirung einer entgegengeſetzten Servitut, wodurch jene beſchränkt wird, geſchehen, z. B. mein Grundſtück war bisher der servitus altius non tollendi ſchlechtweg unterworfen, der Servitutberechtigte räumt mir nun das Recht ein bis zur Höhe von zwanzig Fuß zu bauen[gg]). In dieſem Fall alſo iſt das ius altius tollendi eine Servitut, und die Klage daraus nicht die Negatoria (Note ee), ſondern die Confeſſoria (§. 256). Es giebt aber noch einen beſonderen Fall, wo dieſe zur Anwendung kommt. Wenn jemand gegen ſeinen Nachbar, ehe dieſer noch wirklich gebaut hat, klagt: ius ei non esse aedes altius tollere, und der Beklagte verweigert die Einlaſſung auf die Klage (§. 173 Note k), ſo wird dieß geſtattet, aber er erleidet den Nachtheil, daß er, wenn er künftig bauen will, mit der Klage aus dem

---

eod. Die Klage aus einem ſolchen „ius altius tollendi“ iſt daher die Klage aus dem Eigenthum, die negatoria L. 4 §. 7 D. si serv. (8, 5).

ff) Theophilus (zu §. 1 I. de servit.) erklärt die servitus non recipiendi stillicidii von einer früher beſtehenden servitus recipiendi; dieß iſt unrichtig, wenn wir es von einer reinen Befreiung verſtehen, richtig wenn wir, was im Text folgt, hinzudenken.

gg) L. 11. 21 D. de serv. pr. urb. (8, 2). Fragm. vat. §. 53 L. 26 D. de exc. rei iud. (44, 2). Andere Anſichten darüber ſ. bey Vangerow Leitfaden I S. 664—669. (Beachtung verdient v. Scheurl's Bemerkung (Zeitſchr. f. g. R. XII S. 255), daß auch ohne Aufhebung einer servitus altius non tollendi Veranlaſſung ſeyn kann unbequeme Eigenthumsbefugniſſe, die ſich factiſch zu Laſten der Nachbarn geſtalten, unter die Rechtsform einer Servitut zu bringen, um ſie bequemer einrichten zu können. R.)

ius altius tollendi auftreten muß, und dieſe Klage wird dann nicht als die Negatoria, ſondern als Confeſſoria, das Recht daher als eine servitus altius tollendi behandelt, ſo daß ihm eine beſondere Erwerbung dieſes Rechts zu beweiſen obliegt[hh].

CCLIV. 2) Der zweite Grundſatz, der aus dem Begriff der Realſervituten fließt, iſt, daß der Vortheil, in dem ihr Inhalt beſteht, durch das dienende Grundſtück gewährt werden muß, durch eine Eigenſchaft die demſelben innewohnt, ſey es durch den Boden ſelbſt (wie bey den Wegſervituten, der Waſſerleitung über das Grundſtück), und durch ſeine gegenwärtige Beſchaffenheit (bey den Servituten, die lediglich auf Unterlaſſung einer Veränderung gehen), oder durch ſeine natürlichen Beſtandtheile (wie bey der Waſſerleitung von dem Grundſtück, dem aquaehaustus, der servitus arenae fodiendae u. ſ. f., dem Weiderecht), oder durch künſtliche Beſtandtheile, die aber ebenfalls dauernde Eigenſchaften des Bodens geworden ſind (wie die Gebäude bey der servitus oneris ferendi u. ſ. f.). Dieß inſonderheit wird perpetua causa genannt. Daher kann z. B. das Recht, die Abfälle von einem Gewerb, das auf dem Grundſtück betrieben wird, zu beziehen, nie Realſervitut ſeyn[a]. Darum kann ferner die servitus aquaeductus (wenn ſie den Inhalt eines Waſſerbezugs von dem Grundſtück hat) oder aquaehaustus nur aus einem ſich ſtets natürlich und fortwährend ergänzenden Waſſervorrath gegeben werden, nicht wo das Waſſer auf das dienende Grundſtück erſt durch eine künſtliche Vorrichtung geſchafft wird[b]); die alten Juriſten ſtellten

---

hh) L. 15 D. de op. novi nunt. (39, 1). Vgl. oben §. 233 Note b.

a) So wird in L. 28 D. de serv. pr. urb. (8, 2) der Bezug des Regenwaſſers, das auf das dienende Gebäude fällt, als Servitut zugelaſſen, nicht aber der des Abfluſſes von dem Waſſer, welches dort zur Wirthſchaft gebraucht und durch menſchliche Kräfte erſt hingeſchafft wird.

b) L. 2 D. comm. praed. (8, 4) L. 1 §. 5. 6 D. de aqua (43, 20).

den Grundſatz auf, nur ex capite vel ex fonte könnten jene Servituten beſtellt werden, doch nahm man dieß ſpäter nicht ſo ſtreng, wenn nur das Waſſer nicht bloß vorübergehend oder bloß mittelſt einer künſtlichen Anſtalt auf dem Grundſtück ſich befindet[c]).

3) Die beiden bisher erörterten Grundſätze, welche die Functionen der herrſchenden und dienenden Grundſtücke bey den Servituten betreffen, führen als dritten mit ſich: daß die Grundſtücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander ſtehen müſſen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht. Man kann dieſes Erforderniß Vicinität nennen, nur hat man dabey nicht an ein unmittelbares Anſtoßen der beiden Grundſtücke als durchgängige Bedingung zu denken[d]). Der Inhalt der meiſten Servituten ſetzt, zwar nicht das Angränzen der Grundſtücke, aber doch eine Verbindung derſelben voraus, die dadurch hergeſtellt iſt, daß das dazwiſchen liegende ebenfalls einer den Zuſammenhang vermittelnden Servitut, oder auch ohne Servitut dieſer Benutzung unterworfen iſt, die Wegſervitut z. B. iſt möglich an einem von dem herrſchenden entfernten Grundſtück, ebenſo die Waſſerleitungsſervitut, wenn das dazwiſchen liegende derſelben Servitut unterliegt, die servitus oneris und tigni, wenn der dazwiſchen liegende fremde Raum der servitus proiiciendi ꝛc. unterworfen iſt; bey der Wegſervitut kann der die Grundſtücke trennende Raum auch eine via publica ſeyn, nicht ſo bey jenen andern Servituten, weil das Durchſchneiden und Ueber-

---

c) L. 9 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 1 §. 7. 8 D. de aqua (43, 20) L. 1 §. 4 D. de fonte (43, 22).

d) Wenn daher an mehreren Orten vicinum praedium als Erforderniß erwähnt wird, z. B. L. 5 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3), ſo wird anderswo auch wohl geſagt, es ſey gleichgültig ob die praedia vicina (in jenem abſoluteren Sinne) ſeien oder nicht L. 6 pr. D. comm. praed. (8, 4).

bauen des öffentlichen Wegs nicht geſtattet wird [e]). Aber es giebt Servituten, welche nicht einmal dieſer Vermittelung bedürfen, ſo iſt die servitus altius non tollendi und ne prospectui officiatur möglich, wenn Grundſtücke dazwiſchen liegen, welche dieſer Servitut nicht auch unterworfen ſind, wenn nur und ſo lange ein Haus von dem andern aus geſehen werden, alſo die Erhöhung des einen dem andern den fraglichen Vortheil möglicher Weiſe entziehen kann [f]).

Servitutes personarum.

CCLV. Die Realſervituten enthalten den usus eines Grundſtücks für ein Grundſtück, der usus einer Sache, unbeweglichen oder beweglichen, läßt ſich aber auch für eine Perſon denken, alſo als Perſonalſervitut. Als Realſervitut iſt der Uſus regelmäßig ſehr beſchränkt, eine gewiſſe Seite deſſelben iſt für das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks beſtimmt, ja es wird ſich nie finden, daß der Uſus des dienenden Grundſtücks durch das herrſchende völlig erſchöpft wird. Auch bey der größten Extenſion z. B. wenn die servitus silvae caeduae beſtellt, und die Beſchaffenheit der Umſtände die iſt, daß alles Holz, was ordnungsmäßig daraus geſchlagen werden kann, von dem Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks in Anſpruch genommen wird, ſo daß dem Eigenthümer nichts davon übrig bleibt, kann ihm doch noch eine ſonſtige Benutzung bleiben, und jedenfalls behält er die Detention der Sache, die niemals auf den Realſervitutberechtigten übergeht.

Anders bey dem Uſus für eine Perſon, das perſönliche Bedürfniß trägt keine ſolche innere Schranke in ſich. Iſt einer Perſon der Uſus gegeben, ſo bleibt für den Eigenthümer kei-

---

e) L. 1 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 7 §. 1 L. 38 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

f) L. 38. 39 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 7 §. 1 D. comm. (8, 4) L. 5. 6 pr. D. si servit. (8, 5).

ner übrig, auch die Detention der Sache iſt mit jenem Uſus verbunden, und wegen dieſer Vollſtändigkeit iſt es geſchehen, daß unter dem Wort usus vorzugsweiſe der Uſus als Perſonalſervitut verſtanden wird, welchem gegenüber das Eigenthum proprietas heißt. Eine willkührliche Beſchränkung iſt auch hier bey der Beſtellung möglich; ſolcher beſchränkter Uſus iſt es namentlich, wenn Befugniſſe, die als Inhalt einer Realſervitut vorkommen können z. B. aquaehaustus einer Perſon als Perſonalſervitut verliehen werden [a]).

Der Inhalt der Perſonalſervitut des Uſus ergiebt ſich aus dem, was oben (§. 252) über den Begriff des usus, im Gegenſatz gegen den fructus, geſagt worden iſt. Der Uſuarius hat z. B. bey einem Haus das Recht es zu bewohnen (mit den Seinigen), bey Sclaven die Dienſte deſſelben, bey Thieren ebenſo, aber nur er hat dieſe Benutzung zu machen, er kann ſie keinem Fremden überlaſſen, er iſt nicht berechtigt, Wohnung und Dienſte zu vermiethen, denn dieß wäre fructus nicht usus. Bey einer fruchttragenden Sache hat er das Recht, von den Erzeugniſſen (Feld- und Baumfrüchten bey einem Landgut, Holz von dem Wald) zu nehmen, aber nur für ſein perſönliches Bedürfniß, ohne das Recht des Verkaufs. Der eigentliche Fruchtbezug ſteht dem Eigenthümer (proprietarius) zu, dem der Uſuarius daher den Zutritt zu der Sache und alles, was zur Gewinnung der Früchte nöthig iſt, zu geſtatten hat [b]). Bey der Hinterlaſſung des usus im Teſtament (die gewöhnlichſte Art ſeiner Entſtehung) tritt der Interpretationsgrundſatz in Wirkſamkeit: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur [c]), man ſtellt die Erwägung voran, daß der Teſtator eine dem Honorirten günſtige Meinung gehabt habe. So geſchieht es, daß in den usus silvae, wenn der Wald ſo ertfernt wäre, daß der Naturalholzbezug unvortheilhaft ſeyn

---

a) L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (34, 1). *b*) Inst. II. 5. Dig. VII, 8: de usu —. *c*) L. 12 D. de R. I. (50, 17).

würde, die Befugniß das Holz zu verkaufen, gelegt wird[d]), in den usus aedium das Recht, einen Theil, der dem Legatar überflüſſig iſt (nur nicht das Ganze), zu vermiethen[e]), in den usus equilii an einen Pferdeverleiher, deſſen Gewerb dem Teſtator bekannt war, das Recht die Pferde für ſein Gewerb zu brauchen, alſo auch zu vermiethen[f]).

Die Perſonalſervitut kann aber über den usus hinausgehen, es kann ihm auch der fructus hinzugefügt werden; in dieſem Umfang heißt ſie ususfructus (Nießbrauch), oder auch von ihrem unterſcheidenden Element fructus ſchlechtweg, der Berechtigte usufructuarius oder fructuarius[g]). Hier iſt der Gewinn, der ſich von der Sache machen läßt, von dem fremden Recht in Anſpruch genommen (§. 252), dem Eigenthümer bleibt (abgeſehen von beſonders gemachten Beſchränkungen) von der regelmäßigen Benutzung der Sache nichts übrig, es ſteht ihm nur das von ſeinem reellen Nutzen für die Gegenwart entblößte Eigenthum zu, ein Eigenthum, das für jetzt eben nur noch Eigenthum iſt, und das darum die nuda proprietas heißt.

Bey einem ſo umfaſſenden Recht, wie der Uſusfructus, iſt es doppelt nöthig, ſeine Gränzen genau zu beſtimmen, die Rechte des Uſufructuars feſtzuſtellen, Uebergriffe in die Proprietät zu verhüten. Dieſe Gränzen laſſen ſich, von den weiteren zu den engeren fortſchreitend, folgendergeſtalt zuſammenfaſſen: 1) dem Uſufructuar gehört der usus und fructus, nicht die Sache ſelbſt, die Nutzung, nicht die Vernutzung, das Brauchen nicht das Aufbrauchen derſelben, usus nicht abusus ſteht ihm zu. Die römiſchen Juriſten nehmen dieß ausdrücklich in

---

d) L. 22 pr. D. de usu (7, 8). *e*) L. 2 §. 1 L. 4. pr. eod. Der Eigenthümer könnte auf den leerſtehenden Theil des Hauſes ohnehin keinen Anſpruch machen L. 22 §. 1 eod.

f) L. 12 §. 4 eod. *g*) Inst. II. 4. Dig. VII. 1: de usufructu (et quemadmodum quis utatur fruatur).

ihre Definition der Servitut auf: ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia [h]). 2) Was nun inſonderheit das ius fruendi anlangt, ſo iſt dieſes durch den allgemeinen Begriff von fructus beſchränkt; es begreift natürliche und juriſtiſche Früchte, aber nicht alle Erzeugniſſe der Sache, daher dem Uſufructuar z. B. nicht der partus ancillae fructuariae zufällt (§. 252 und §. 242 Note ii und kk). 3) Es kann etwas im allgemeinen unter den Begriff von Früchten fallen, während es in einem beſondern Fall bey dieſer Sache, nach der ihr gegebenen Beſtimmung, nicht dahin gehört. So gehört der Gewinn durch Agricultur im allgemeinen zu dem fructus eines Grundſtücks, aber wer den Uſusfructus eines Luſtgartens erhalten hat, darf ihn nicht als Oeconomiegut benutzen [i]), ein Wohnhaus nicht als Herberge [k]). Mineralien können in fructu ſeyn, oder auch nicht [l]), jenes wird regelmäßig der Fall ſeyn, der Uſufructuar wird ſie daher benutzen können, ja wenn es ſich um ein Grundſtück handelt, das lediglich für den Gewinn beſtimmt iſt, ſo daß der Eigenthümer bey der Art der Benutzung kein Intereſſe hat, wird der Uſufructuar den bisher mit geringerem Vortheil betriebenen Feldbau aufgeben, und Erz= Steinkohlen= ꝛc. Gruben anlegen können [m]). Einer Sache kann die Beſtimmung gegeben ſeyn, daß ihre Nutzung nur für andere verwendet werde z. B. einem auf dem Gut be=

---

h) L. 1 D. de usufr. (7, 1). Das salva rerum substantia iſt im Grunde nur eine nachdrückliche Wiederholung deſſen, was ſchon in den Worten utendi fruendi liegt; daſſelbe drückt Cic. top. 3 ſo aus: usus enim, *non abusus* legatus est.

i) L. 13 §. 4 D. de usufr. (7, 1). *k*) L. 13 §. 8 L. 14 eod.

l) Daher widerſprechen ſich nicht L. 9 §. 2 D. eod. und L. 32 D. de iure dot. (23, 3), von denen die letzte die Möglichkeit vorausſetzt, daß ſie nicht in fructu ſind.

m) L. 13 §. 5. 6 D. de usufr. (7, 1). Eine Mißkennung des Princips, von dem dieſe Entſcheidung abhängt, hat ſie Manchen als allzu exorbitant erſcheinen laſſen, und Emendationen hervorgerufen, die durchaus verwerflich ſind.

findlichen Wäldchen oder Gebüſch, daß daraus nur die für die Bewirthſchaftung des Ganzen nöthigen Pfähle, Ruthen ꝛc. genommen werden, hier ſind auch für den Fructuarius des Guts dieſe Erzeugniſſe nicht fructus, er kann nicht davon verkaufen[n]). 4) Aber auch innerhalb dieſer Schranken iſt freilich noch ein weiter Raum für Colliſion zwiſchen den Intereſſen des Uſufructuars und des Proprietars, jener kann eine ihm an ſich zuſtändige Nutzung auf eine Art oder in einem Umfang, mit übermäßiger Anſtrengung der Productivität der Sache, machen, die der Erhaltung der Proprietät gefährlich wird. Die Entſcheidung von Streitigkeiten darüber wird von den individuellen Verhältniſſen des concreten Falls abhängen, als Princip dafür iſt gegeben: boni viri arbitratu uti frui debet, causam proprietatis deteriorem facere non debet[o]).

Es entſteht die Frage, ob wie ein usus sine fructu, ſo auch ein fructus sine usu möglich ſey? Hier muß daran erinnert werden, daß wie oben bemerkt worden iſt, in dem usus der eigentliche, weſentliche, aus ihrem Begriff fließende Inhalt der Servituten liegt (§. 252), der fructus nur eine darauf geſetzte Erweiterung iſt. Es wird daher ein fructus sine usu nicht möglich ſeyn, und wenn jemanden z. B. die jährlichen Früchte eines gewiſſen Landguts vermacht werden, ſo iſt dieß entweder als Uſusfructus zu betrachten, und dieſe Interpretation wird bey Vermächtniſſen regelmäßig ſtattfinden[p]), oder, wenn dieß die Abſicht erweislich nicht war, gar nicht als Servitut, ſondern als bloße Forderung, denn fructus (als Servitut) sine usu esse non potest[q]). Dennoch iſt dieſes Reſultat

---

n) L. 9 §. 7 D. de eod. Es verſteht ſich, daß dieſe Beſchränkung nicht bey jedem Wald eintritt, der Theil eines Landguts iſt.

o) L. 9 pr. L. 13 pr. §. 4 L. 15 §. 4 D. eod.

p) L. 20 D. eod. Wenn zweien, einem der usus dem andern der fructus vermacht wird, ſo hat jener den usus sine fructu, dieſer aber den ususfructus L. 14 §. 2 D. de usu (7, 8).

q) Paul. III. 6, 24. L. 14 §. 1 D. de usu (7, 8): — denique

vorübergehend möglich, wenn der Eigenthümer an einer Sache, woran ein Anderer ſchon den Uſus hat, den Fructus beſtellt [r]), dieſer Fructuar hat den Uſus nicht, aber nur für jetzt nicht, er hat ihn als einen künftigen, wenn der Uſuar ſein Recht vor ihm verlieren wird.

Es iſt wohl unbedenklich zu behaupten, daß die servitutes praediorum älter ſind, als die Perſonalſervitut. Man kann nicht ſagen, daß dieſer ein natürliches Bedürfniß unterliegt, wie es zu jenen hinführt. Aber jene Behauptung darf nicht ſo verſtanden werden, als hätte ſich das Recht der Perſonalſervitut erſt ſpät, etwa gegen das Ende der freien Republik oder wenigſtens lange nach den Zwölf Tafeln gebildet, zu einer ſolchen Annahme ſind wir durch nichts veranlaßt. Die gewöhnlichſte Entſtehung der Perſonalſervitut iſt die durch Teſtament, hier liegt ihr die Abſicht einer Vereinigung des Wunſches, einer Perſon etwas zuzuwenden, und der Abneigung, die Sache dem Erben gänzlich zu entziehen, zu Grunde. Das Eigenthum ſoll ihm erhalten werden, dieſer Abſicht kommt das Recht dadurch entgegen, daß es den Berechtigten (auch wenn dieß nicht bey der Beſtellung von den Parteien ſelbſt vorgeſehen wäre) zu einer Caution durch Bürgen verpflichtet [s]). Dieſe

---

si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum —. Dieſe letztere Entſcheidung ſetzt ein legatum per vindicationem voraus, wodurch eine Forderung nicht vermacht werden kann, alſo das Legat unwirkſam iſt, wo ſein Gegenſtand nur als Forderung aufrecht erhalten werden könnte.

r) L. 14 §. 3 D. eod. L. 5 §. 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9). — Was L. 13 §. 3 D. de acceptil. (46, 4) anlangt: Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget, si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere, ſo glaube ich jetzt, daß die Worte: cum possit — constitui verſetzt ſind, und hinter debito gehören; nur dadurch entſteht, wie mir ſcheint, ein einwandfreier Sinn. Ueber andere Anſichten ſ. Vangerow Leitfaden I S. 683.

s) Dig. VII. 9: usufructuarius quemadmodum caveat.

cautio usufructuaria (oder usuaria) hat einen doppelten Inhalt, ſie geht auf die Erfüllung der Verbindlichkeiten während des Nießbrauchs, die in dem Satz zuſammengefaßt werden: usurum (fruiturum) se boni viri arbitratu, und auf die Reſtitution nach geendigtem Nießbrauch: cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit. Ja die römiſchen Juriſten und Principes haben den Erben ſogar gegen einen Erlaß dieſer Caution durch den Teſtator in Schutz genommen, dieſer Erlaß ſoll ohne Wirkung ſeyn[t]).

Dieſe Legate des Uſusfructus wurden, beſonders unter gewiſſen Verhältniſſen (z. B. von dem Mann an die ihn überlebende Frau), ungemein häufig. Man hatte Urſache ſie zu begünſtigen, es war vernünftig, die Möglichkeit, daß jemanden der lebenslängliche Genuß eines Guts, ohne den Erben das Eigenthum zu entziehen, zugewendet werden konnte, zu erweitern. So erklärt ſich die Entſtehung des Rechtsſatzes, daß die Beſtellung des Uſusfructus auch an ſolchen Gegenſtänden, woran er salva rerum substantia, alſo in ſeiner eigentlichen Beſchaffenheit, nicht möglich iſt, aufrecht zu erhalten ſey z. B. an Geld, an Victualien, überhaupt an Sachen, deren Exiſtenz durch den Gebrauch ſofort (überhaupt oder für den Eigenthümer, wie bey dem Geld, das man durch Ausgeben deſſelben gebraucht) aufgehoben oder verringert wird: res quae usu consumuntur vel minuuntur, quae in abusu consistunt, quae in absumtione sunt (ſ. g. verbrauchbare Sachen)[u]). Dieß ließ ſich dadurch erreichen, daß man das Recht an ſolchen Gegenſtänden ſeiner Entſtehung und ſeiner Endigung nach (ferner in Beziehung auf die cautio usufructuaria) wie einen Uſusfructus, quasi usumfructum, behan-

---

t) Iulian. L. 6 pr. D. si in posses. leg. (36, 4) L. 1 C. de usufr. (3, 33) und beſonders Alex. L. 7 C. ut in poss. leg. (6, 54).

u) Dig. VII. 5: de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur.

delt[v]), und den Quaſiuſufructuar, auf den das Eigenthum der Sachen übergeht, verpflichtet, finito usufructu dieſelbe Quantität oder den Werth wiederzuerſtatten[w]). Dieſer Quaſiuſusfructus wurde durch ein Senatusconſultum beſtätigt: ut omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit[x]). Anfangs gab es Juriſten, die das Geſetz auf Sachen beſchränken wollten; in der That war kein Grund, den Uſusfructus in derſelben Weiſe nicht auch bey Rechten, namentlich Schuldforderungen, zuzulaſſen, und dieſe Meinung wurde bald die allgemeine[y]).

---

v) Von den Endigungsarten ſind nur anwendbar Tod und capitis deminutio L. 9. 10 pr. D. eod. Fragm. vat. 46: — pecuniae quoque ususfructus legatus per annum non utendo (non amittitur), quia nec ususfructus est, et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est. — Eine Unterſcheidung zwiſchen Uſus und Uſusfructus iſt hier nicht möglich L. 5 §. 2 L. 10 §. 1 D. eod.

w) L. 2 §. 1 L. 5 §. 1 L. 7. 9. 10 pr. 11 D. eod. Bey manchen Sachen kann es zweifelhaft ſeyn, ob ſie als verbrauchbare zu behandeln ſind, deren Werth ſchlechterdings erſtattet werden muß, oder als Gegenſtände eines wahren Uſusfructus, wobey nur was und wie es noch in natura vorhanden iſt (vorausgeſetzt daß dem Uſufructuar keine Pflichtwidrigkeit zur Laſt fällt), reſtituirt zu werden braucht. So bey Kleidungsſtücken, Teppichen ꝛc. Die Entſcheidung wird von den Umſtänden des beſonderen Falls abhängen: L. 9 §. 3 D. usufr. qu. cav. (7, 9) L. 15 §. 4. 5 D. de usufr. (7, 1) §. 2 I. de usufr. (2, 4).

x) Ulpian. XXIV. 27. L. 1 D. de usufr. ear. rer. (7, 5). Gewöhnlich behauptet man, dieſes Recht habe zu Cicero's Zeit noch nicht gegolten, wegen top. 3: non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. usus enim, non abusus legatus est. Aber ſo konnte Cicero ſchreiben, auch wenn der Uſusfructus um den es ſich handelt, wirklich ein ususfructus omnium bonorum war, die Vorräthe, die ſie vorfindet, gehören der Frau nicht wie die künftigen, jene ſind nicht fructus ſondern Gegenſtand der Benutzung. Puchta, Rhein. Muſeum III S. 82 ff.

y) L. 3 D. de usufr. ear. rer. (7, 5) L. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33, 2). Auch ſchon jene Juriſten ließen den ususfructus nominis zu, wenn er dem Schuldner ſelbſt vom Gläubiger vermacht

Mit usus und usufructus ſind eigentlich die Formen der Perſonalſervitut erſchöpft. Jede verliehene Perſonalſervitut würde ſonach unter einen dieſer beiden Begriffe fallen. Nun kam es vor, daß in Teſtamenten der Gebrauch gewiſſer Gegenſtände vermacht wurde, ohne daß der Teſtator ſich jener techniſchen Ausdrücke bediente, namentlich die habitatio in einem Haus, die operae eines Sclaven oder Thiers. In der That iſt dieß nur eine factiſche Bezeichnung deſſen, was in der juriſtiſchen Sprache usus aedium, usus servi heißt[z]). Manche Juriſten mögen dabey ſtehen geblieben ſeyn[aa]), andere giengen inſofern auf den Uſusfructus über, als ſie eine Vermiethung geſtatteten[bb]). Neben dieſen aber hatte ſich von Anfang die Anſicht gebildet und erhalten, daß man ein ſolches Legat weder als usus noch als ususfructus behandeln, ſondern ſchlechterdings an dem, was aus dem vom Teſtator gebrauchten Wort natürlich folge, feſthalten müſſe, und dieß war in Beziehung auf die habitatio die Wohnung, in Beziehung auf die operae die Bedienung durch den Sclaven. Ebenſo müßten aber auch die reinjuriſtiſchen Endigungen durch non usus und capitis deminutio wegfallen[cc]). Aus dieſen verſchiedenen

---

war, denn hier iſt er in der That ein ususfructus der pecunia, die jener ſchuldet.

z) L. 5 D. de operis servorum (7, 7): Operis servi legatis usum datum intelligi et ego didici et Iulianus existimat. L. 10 pr. D. de usu et habitatione (7, 8).

aa) Eine Verſchiedenheit der Anſichten über die Behandlung der habitatio legata bezeugt Ulpian L 10 cit. und Juſtinian L. 13 C. de usufr. (3, 33).

bb) §. 5 I. de usu et hab. (2, 5) L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

cc) L. 10 D. de cap. min. (4, 5): — quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit. L. 2 D. de operis serv. (7, 7) L. 10 pr. D. de usu et hab. (7, 8). Nach L. 2 de usu et usufr. leg. (33, 2) ſoll das operarum legatum auf die Erben transmittirt werden, dieß hat man mit Unrecht ſo verſtanden, als ſollten die operae nicht durch

Auffaſſungen bildete ſich zuletzt eine Theorie, in welcher die dem Berechtigten günſtigen Momente aus allen jenen Anſichten vereinigt wurden; dieſe iſt in die juſtinianiſche Geſetzgebung aufgenommen, worin wir habitatio und operae (servorum et animalium) als zwey zu den beiden regelmäßigen hinzugekommene unregelmäßige Perſonalſervituten finden, bey denen Vermiethung geſtattet, dagegen die Endigung durch non usus und capitis deminutio ausgeſchloſſen iſt.

Die Klagen aus den Servituten und ihre Begründung.

CCLVI. Das Servitutrecht wird gegen den, der ſeine Ausübung hindert oder ſtört, mit einer in rem actio geltend gemacht, die eine iuris petitio, servitutis vindicatio iſt[a]): ius utendi fruendi, eundi agendi etc. nobis esse, und die im Gegenſatz gegen die negatoria (§. 232), wodurch die Exiſtenz eines ſolchen Rechts geläugnet wird, confessoria de usu, usufructu, servitute actio genannt wird[b]). Belangt wird nicht bloß der Eigenthümer, ſondern jeder, welcher das Recht des Klägers verletzt. Wegen einer Perſonalſervitut geht ſie gegen den, der dem Kläger die Detention vorenthält, alſo gegen den Beſitzer, gleich der rei vindicatio, und auch ihr Gegenſtand iſt dem dieſer Klage analog[c]), aber dieß iſt nicht ihre einzige Veranlaſſung, auch wegen einer partiellen Verletzung findet ſie Statt, und dahin gehört auch der Fall, wenn der Uſufructuar eines Grundſtücks an der Ausübung einer Realſervitut gehin-

---

den Tod des Berechtigten erlöſchen. Die Transmiſſion wird aber nur von dem „legatum“ ausgeſagt, und iſt auf den Fall, daß der Legatar ſelbſt noch nicht in den Genuß gekommen war, zu beſchränken. — Ueber den Zuſammenhang der Rechte nach dieſer Auffaſſung mit dem Recht der Alimente ſ. Savigny Syſtem II S. 110 ff.

a) Dig. VII. 6: si ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur. VIII. 5: si servitus vindicetur vel a. a. p. n.

b) L. 2 pr. D. si servit. (8, 5).

c) L. 5 §. 1 sqq. L. 6 D. si ususfr. (7, 6).

dert wird, er hat hier nicht die Confeſſoria aus dieſer Servitut, ſondern aus ſeinem eigenen Recht, er kann usumfructum petere, zu deſſen Inhalt die Ausübung jener Servitut mit gehört[d]). Wegen einer Realſervitut wird gegen jeden geklagt, der etwas vornimmt, wodurch ihre Ausübung gehindert oder geſtört wird[e]), der Gegenſtand iſt die Unterlaſſung dieſer Störung und die Wiederherſtellung des Zuſtands vor der Störung, wohin auch Erſatz der dadurch entſtandenen Nachtheile gehört[f]). Der große Unterſchied iſt ſtets zwiſchen der Servitutenklage und der rei vindicatio, daß die Sache ſelbſt nur durch den Nichtbeſitzer, die Servitut dagegen möglicherweiſe auch durch den (Quaſi-) Beſitzer derſelben vindicirt werden kann[g]).

---

d) L. 1 pr. 5 §. 1 D. eod. Manche Juriſten ſcheinen ihm auch die Confeſſoria aus der Realſervitut ſtatt des Eigenthümers als utilis actio, die ihm dort abgeſprochen wird, zugeſtanden zu haben L. un. §. 4 D. de remission. (43, 25).

e) L. 4 §. 5 L. 10 §. 1 D. si servit. (8, 5), Bey manchen Servituten geht ſie allerdings nur gegen den Eigenthümer oder Beſitzer des dienenden Grundſtücks (der übrigens bey allen der gewöhnlichſte Beklagte ſeyn wird) L. 6 §. 3 D. eod., aber nur darum, weil nach der Beſchaffenheit der Servitut bloß von dieſem eine Verletzung factiſch möglich iſt z. B. wenn aus der servitus oneris ferendi wegen Untauglichkeit der dienenden Mauer geklagt wird.

f) L. 4 §. 2 L. 6 §. 6 L. 7. 15. 18 D. eod. Die Klage iſt arbitraria, eine Condemnation erfolgt, wenn der Beklagte nicht arbitratu iudicis reſtituirt oder Caution leiſtet, zu reſtituiren und künftige Störungen zu unterlaſſen. — Auf Beſtellung der Servitut kann die Klage natürlich nicht gehen, da ſie ja ihre Exiſtenz vorausſetzt: — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari — L. 8. §. 4 D. eod.

g) L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6) L. 6 §. 1 D. si servit. (8, 5). Nur hat der juriſtiſche Beſitzer des Servitutrechts nicht nöthig die Confeſſoria anzuſtellen, er kann mit dem poſſeſſoriſchen Interdict den Schutz des Beſitzes fordern, und den Gegner zur Anſtellung der Negatoria, wenn er ihm die Servitut beſtreiten will, nöthigen. Ja ſelbſt wenn der Quaſibeſitzer ſogleich mit der Confeſſoria aufgetreten wäre (auch giebt es ja Servituten, aus deren Beſitz keine Interdicte gegeben ſind §. 230),

Kläger iſt der Servitutberechtigte, bey Realſervituten der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks[h]), doch wird eine utilis actio ſtatt ſeiner auch dem Emphyteuta, dem Superficiarius, dem Pfandgläubiger gegeben[i]). Dem Kläger liegt der Beweis der Servitut ob, wenn ihre Exiſtenz beſtritten wird, dieſer Beweis wird geführt durch den ihrer Erwerbung. Wie nun werden Servituten erworben? Die römiſchen Juriſten unterſcheiden servitus iure (civili) constituta und tuitione praetoris constituta. Es giebt Entſtehungsarten des Jus civile, urſprünglich die einzigen, die von Wirkung waren, das magiſtratiſche Recht ergänzte ſie durch Anerkennung anderer Fälle und Formen, mit denen es die gleiche Wirkung einer confessoria in rem actio verband.

1) Nach Jus civile können Servituten durch Teſtament beſtellt werden, dieſe Entſtehung war bey Perſonalſervituten die häufigſte. Ihre Vorausſetzungen werden ſich erſt im Erbrecht darſtellen laſſen. Für die vertragsmäßige Beſtellung iſt die Hauptform in iure cessio, eine Scheinvindication der Servitut vor dem Magiſtrat, in derſelben Art wie dieſe Handlung bey der Erwerbung des Eigenthums vorkommt, servitutes praediorum rusticorum können auch durch Mancipation beſtellt werden[k]). Dieß iſt nur an Sachen möglich, die ſelbſt in iure cedirt oder mancipirt werden können, alſo nicht bey Provincialgrundſtücken[l]), der Beſteller ferner muß Eigenthümer der Sache, und bey Realſervituten der Erwerber Eigen=

ſo hat er zwar nicht den Vortheil des Schutzes bis zum Ausgang des Proceſſes, aber die Beweislaſt (petitoris et possessoris partes) wird dennoch mit Rückſicht auf den Beſitz beſtimmt, und ſie trifft den Gegner eben ſo wie wenn dieſer mit der Negatoria aufgetreten wäre L. 8 §. 3 D. si servit. *h*) L. 2 §. 1 L. 6 §. 3 D. eod.

i) L. 16 D. de serv. (8, 1) L. 3 §. 3 L. 9 D. de op. novi nunt. (39, 1) vgl. Note d.

k) Gai. II. 29. 30. 32. Ulpian. XIX. 11.

l) Gai. II. 31.

thümer des Grundſtücks ſeyn, für welches die Servitut erworben werden ſoll[m]). Aber nicht bloß die Servitut ſelbſt kann in iure cedirt, und wenn ſie rustica iſt, mancipirt werden, alle Servituten laſſen ſich bey Gelegenheit der In Jure Ceſſio oder Mancipatio der Sache, die der Servitut unterworfen werden ſoll, beſtellen, indem der Uebertragende dieſes Element des Eigenthums zurück behält, deducto usufructu, deducta servitute mancipirt oder cedirt[n]). Bey der Tradition der Sache wäre dieſe Deductio eine bloße formloſe Uebereinkunft, der nach Jus civile die Wirkung, eine Servitut hervorzubringen nicht zukommt; dieß hat ſich auch nicht verändert dadurch, daß der Traditio bey res nec mancipi die Wirkung der Eigenthumsveräußerung zuerkannt wurde, man hat ſie durch dieſe Nachgiebigkeit gegen ein fühlbares Bedürfniß keineswegs überall der in iure cessio gleichſtellen wollen; eben ſo wenig iſt die Tradition der Servitut ſelbſt eine Beſtellungsart[o]). Dagegen kann der Richter in Theilungsklagen durch die Adju-

---

m) L. 1 §. 1 L. 6 pr. 8 D. comm. praed. (8, 4). Ein beſtehender Uſusfructus an dem Grundſtück hindert die Beſtellung einer Realſervitut an demſelben (nicht die Erwerbung einer ſolchen für daſſelbe), ſofern ſie ſich auf den dem Fructuar zuſtehenden Uſus bezieht und dieſen verringern würde. Die Zuſtimmung des Fructuars kann dieß nicht ändern, da er den usus nicht theilweiſe aufgeben kann L. 15 in f. 16 D. de usufr. (7, 1).

n) Gai. II. 33. Fragm. vat. 47—50. Ein ususfructus kann ex certo tempore und ad certum tempus, ebenſo mit einer Bedingung, durch Legat beſtellt werden, ad certum tempus auch durch in iure cessio, denn die Vindication iſt mit dieſem Zuſatz möglich (Fragm. vat. 52: usumfructum ad certum tempus constitutum cum adiectione temporis vindicari debere), nicht ex certo tempore, denn man kann nur ein gegenwärtiges, nicht ein künftiges Recht vindiciren. Nun gab es Juriſten, die auch bey der deductio Zeit und Bedingung unzuläßig fanden, andere dagegen behandelten die deductio in dieſer Hinſicht mit Recht ganz wie das Legat Fragm. vat. 50.

o) Gai. II. 28. Fragm. vat. 47.

dicatio an der zu theilenden Sache Servituten beſtellen, indem er z. B. dem einen Theil des Grundſtücks zum Beſten des andern eine Realſervitut auflegt, oder eine Sache ſo theilt daß er dem Einen die Proprietät dem Andern den Uſusfructus zuweiſt[p]). Im ſpäteren Recht kommt eine Entſtehung des Uſusfructus durch Rechtsvorſchrift vor, indem theils in gewiſſen Fällen ein Eigenthümer die Proprietät verwirkt, den Uſusfructus behält, theils vermöge der väterlichen Gewalt zuweilen der Nießbrauch erworben wird, ſo daß bey dem Erwerb einer Sache durch einen Filiusfamilias eine Trennung von Proprietät und Uſusfructus eintreten kann.

Iſt die usucapio auf Servituten angewendet worden? Wo die Servitut Beſtandtheil eines Grundſtücks iſt (Realſervitut), wird ſie bey der Uſucapion dieſes mit erworben[q]). Dieß ſetzt voraus, daß die Exiſtenz der Servitut ſelbſt erwieſen iſt. Aber wurde nicht die Ausübung der Servitut die Uſucapionszeit hindurch ſelbſt als Entſtehungsart behandelt? Dieß wäre eine eigentliche usucapio servitutum, man hätte zu dieſem Behuf einen Beſitz der Servituten wie einen Beſitz der körperlichen Gegenſtände annehmen müſſen. Daß dieſe Anſicht dem älteſten Recht fremd war, daß die quasi possessio einem ſpäteren Fortſchritt in der Rechtsentwickelung angehört, iſt wohl mit Entſchiedenheit zu behaupten[r]). Eine Claſſe von Servituten

---

p) L. 6 §. 1 D. de usufr. (7, 1) L. 22 §. 3 D. fam. erc. (10, 2) L. 6 § 10 L. 18 D. comm. div. (10, 3). Fragm. vat. §. 47 ſetzt ein legitimum iudicium voraus, bey einem iudicium imperio continens beruht daher die von dem Richter beſtellte Servitut tuitione praetoris.

q) Ulpian. L. 10 §. 1 D. de usurp. (41, 3): hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore (usu) capi possint, cum aedificiis possint.

r) Daher auch ſpäter noch immer geſagt werden konnte: incorporales res traditionem non recipere manifestum est Gai. II. 28, — incorp. res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est Gai. L. 43 §. 1 D. de adquir. dom. (41, 1), was ſich nicht wohl den=

aber gab es, von denen man ſagen konnte, ſie werden in dem Beſitz einer Sache mitbeſeſſen, indem ſie ſich gewiſſermaßen als körperliche Qualitäten derſelben darſtellen; dieß iſt der Fall bey den servitutes praediorum urbanorum (vgl. §. 230). Bey dieſen ließ ſich eine Entſtehung der Servitut ſelbſt mit dem zweijährigen Uſucapionsbeſitz des Hauſes, für das ſie beſtimmt iſt, behaupten, und es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß dieß auch wirklich geſchah, bis eine Lex Scribonia (deren Alter und ſonſtiger Inhalt ungewiß iſt) dieſe Uſucapion aufhob[s]). So beruht alſo die Unſtatthaftigkeit der Uſucapion bey servitutes praediorum rusticorum (wie auch bey den Perſonalſervituten) auf der Natur der Uſucapion ſelbſt, bey servitutes praediorum urbanorum auf jenem Geſetz[t]).

2) Bey dem ſo eben dargeſtellten Jus civile über die Entſtehung der Servituten bleibt der größte Theil von dem Areal des römiſchen Reichs, nämlich der Provincialboden außer Anſatz. Nun iſt nicht zu zweifeln, daß von den erſten Zeiten provincieller Grunderwerbungen das Bedürfniß ſolcher Rechte, wie die römiſchen Servituten, ſich (wenn auch vielleicht je nach beſondern Einrichtungen und Landesgewohnheiten, die jene

---

ken läßt, wenn dieſer Beſitz von Anfang neben dem körperlichen im Recht geweſen war, wohl aber wenn der unkörperliche eine ſpätere Ausdehnung iſt, welche die alte Ausſchließlichkeit des körperlichen doch nicht in allen Anwendungen durchbrochen hat.

s) L. 4 §. 29 D. de usurp. (41, 3): — eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutem constituebat — es iſt die einzige Erwähnung dieſes Geſetzes in unſern Quellen.

t) Dieſe Unterſcheidung tritt auch hervor in L. 14 pr. D. de servit. (8, 1): Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur. S. v. Löhr Magazin für Rechtswiſſ. III. 3 (1810).

Rechte theilweiſe erſetzen konnten, in verſchiedenem Grade) fühlbar machte. Wie ſollten nun römiſche Grundbeſitzer in den Provinzen Weggerechtigkeiten, Wäſſerungsſervituten, Bauſervituten u. ſ. f. erwerben und beſtellen? Das nächſte Mittel war, durch Uebereinkunft (pactione) ein ſolches Recht zu geben und dieſem Vertrag durch eine Stipulation, wodurch die Leiſtung des Intereſſe oder einer beſtimmten Geldſumme (Conventionalſtrafe) für den Fall der Hinderung oder Störung verſprochen wurde, Kraft und Wirkung zu verleihen. Dieſes Geſchäft kommt denn auch unzähligemal bey den römiſchen Juriſten in Beziehung auf Servituten vor[u]), aber nach dem bis dahin beſtehenden Recht hatte es keineswegs die Wirkung eine Servitut hervorzubringen, es war nur ein Surrogat der Servitut, das nur hinreichte, ſo lang das Eigenthum der Sache bey einer Perſon blieb, die durch die Stipulation verpflichtet war. Um einer ſolchen Vereinbarung eine höhere Wirkung, die nämlich einer wirklichen Servitut, als eines gegen jeden, mochte er Univerſalſucceſſor des Beſtellers ſeyn oder nicht, geltend zu machenden Rechts zu geben, mußten ſich die Prätoren interponiren, eine utilis actio confessoria aufſtellen, und da-

---

u) Z. B. Stipulatio: per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi heredique meo ire agere liceat, si adversus ea factum sit tantum dari L. 2 §. 5 L. 4 §. 1 L. 49 §. 1 L. 85 §. 3 L. 111 D. de V. O. (45, 1) — uti frui, ire agere licere L. 38 §. 10—12 L. 130 eod. So ſagte Labeo, wenn jemand eine Wegſervitut gekauft habe, vertrete die Stipulation die Stelle der Traditio (zu der ein Verkäufer ſonſt verpflichtet iſt), wogegen Javolen bemerkt, es ſey nicht nothwendig, eine andere Pflicht des Verkäufers der regelmäßigen zu ſubſtituiren, weil es auch hier eine Quaſitraditio gebe L. 20 D. de servit. (8, 1). Natürlich dürfen nicht jene Stipulationen, die eine beſtellte Servitut (oder was dafür gilt) vorausſetzen, mit einer ſolchen verwechſelt werden, welche die künftige Beſtellung zum Gegenſtand hat z. B. L. 136 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Si qui *viam ad fundum suum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

mit jenen Vertrag als wahre Beſtellung einer Servitut erklären. Daß dieß nun wirklich geſchehen iſt, erhellt auf das Unzweideutigſte aus den Stellen, die theils den Vertrag als Beſtellungsart anſtatt der In Jure Ceſſio und Mancipatio, die bey Provincialgrundſtücken nicht möglich ſind, angeben[v]), theils ihn andern Beſtellungsarten gleichſetzen[w]). Außer und neben dem reinen Vertrag (der pactio) wird noch die Stipulation, und dann noch die Tradition der Servitut erwähnt, wie verhalten ſich dieſe Rechtsgeſchäfte zur Beſtellung der Servitut? Die Function der stipulatio für die Zeit vor der Anerkennung jener Servituten als dinglicher Rechte durch den Prätor iſt vorhin angegeben worden. Nach dieſer Anerkennung iſt es die pactio, an welche ſich das Recht der Servitut anknüpft, die Stipulatio diente in dieſer Beziehung dazu, die Uebereinkunft ſelbſt auf unzweideutige Weiſe zu conſtatiren[x]).

---

v) Gai. II. 31: Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibns praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. Nichts kann evidenter ſeyn, als daß hier der Vertrag bey provincialen mit der in iure cessio bey italiſchen Grundſtücken auf gleiche Linie geſtellt wird, daß Gaius den Vertrag als Beſtellungsact bezeichnet, und daß er bey ihm ſo wenig wie bey jener noch etwas anderes, das erſt hinzukommen müßte, im Sinne haben kann. Ebenſo African L. 33 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) vgl. L. 3 C. de servit. (3, 34).

w) Ulp. L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem *vel stipulationem vel alium quemcunque modum* videndum —. Es iſt hier von einem Sclaven die Rede, daraus iſt natürlich ein Rückſchluß auf das Recht bey Provincialgrundſtücken zuläßig, bey denen der Vertrag zuerſt jene Wirkung erhielt, die nachher auf andere Fälle erſtreckt wurde.

x) In dieſem Sinn ſagt African L. 33 pr. D. de serv. pr. rust.

Daneben aber hat ſie noch immer den (hinſichtlich der eigentlichen Servitutenwirkung exoteriſchen) Vortheil, dem Berechtigten eine perſönliche Klage gegen den Verpflichteten zu verſchaffen, die ihm unter Umſtänden nützlicher ſeyn konnte, als die Servitutenklage. In einem ähnlichen Verhältniß ſteht zu jenem Pactum die Tradition der Servitut. Jemand, der zur Beſtellung einer Servitut verpflichtet iſt, kann inſonderheit zur Tradition derſelben verpflichtet ſeyn[y]), in ihr liegt jenes Pactum, und darum, aber auch bloß darum enthält ſie eine Beſtellung der Servitut[z]). Die Tradition ſelbſt fügt

---

(8, 3): Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, titianus et seianus, et in divisione convenisset, ut mihi titianus, tibi seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. Eine Beſtellung durch deductio, wie bey der mancipatio, iſt bey der Tradition der Sache nicht zuläßig Fragm. vat. 47, alſo iſt hier das ſelbſtſtändige pactum der Beſtellungsact, und dieſe Uebereinkunft iſt außer allen Zweifel geſetzt, wenn eine Stipulation vorliegt.

y) So beim Kauf L. 20 D. de servit. (8, 1) vgl. Note u. Ferner durch Teſtament Gai. L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum (dieß alſo iſt auch bey Provincialgrundſtücken möglich, bey italiſchen kann überdieß die Servitut gleich durch das Legat — Vindicationslegat — ſelbſt beſtellt werden. Wenn alſo der Teſtator den Erben verpflichtet hat, die Servitut zu beſtellen, ſo fragt ſich, was hat er zu thun? Bey italiſchen Grundſtücken iſt er zur in iure cessio verpflichtet, bey provincialen aber:) dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui (er kann nicht in iure cediren, ſo ſoll wenigſtens die Verpflichtung zu dem verſtanden werden, was dem Legatar das Vortheilhafteſte unter dieſen Umſtänden iſt). Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (hier bedarf es dann alſo keiner Zuthat, dieſes ſelbſt iſt die Beſtellung, während das Teſtament nur eine Verpflichtung auflegt, nicht ſchon die Beſtellung ſelbſt enthält, wo das Vindicationslegat nicht möglich iſt).

z) Deshalb werden traditio und stipulatio neben einander geſtellt Note w.

noch etwas hinzu, wovon das Recht der Servitut nicht abhängt, und das hinwieder von dem Recht der Servitut unabhängig iſt; dieß iſt der Beſitz, ohne den die Beſtellung (wie nach Civilrecht durch in iure cessio, ſo nach prätoriſchem durch pactum), und der ohne das Recht der Servitut ſich denken läßt. Der Vortheil aber, der dem Berechtigten dadurch erwächſt, beſteht darin, daß während er durch das einfache Pactum die utilis confessoria hat, bey der er aber das Recht ſeines Beſtellers beweiſen muß, die Tradition ihm die publiciana actio verſchafft, bey der ihm dieſer Beweis nicht obliegt, und die ihm gegen den Nichteigenthümer der dienenden Sache denſelben Erfolg gewährt wie jene[aa]).

Der Prätor ſchützte auch Servituten, die der Beſitzer eines Ager vectigalis oder ein Superficiarius beſtellt hatte, ſo lange dieſe iura in re als ſolche, alſo getrennt von dem Eigenthum beſtehen. Auch hier war die Beſtellungsform Vertrag, aber vielleicht war die Klage hier immer die publiciana (eben weil die Beſtellung von einem Nichteigenthümer geſchah), und es wurde daher ſtets die Tradition der Servitut vorausgeſetzt[bb]).

Das prätoriſche Recht hat endlich die Entſtehungsarten der Servituten noch durch die Einführung einer Erſitzung ergänzt, analog der longi temporis possessio, die für das Eigenthum an Provincialgrundſtücken eingeführt worden

---

aa) L. 1 §. 2 D. de serv. pr. rust. (8, 3): traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris. Und deutlicher L. 11 §. 1 D. de public. act. (6, 2): si de usufructu agatur tradito, publiciana datur. itemque servitutibus — praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam —.

bb) Fragm. vat. 61, ergänzt aus L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4): — et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. proinde traditus quoque ususfructus (scilicet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur. L. 1 §. 9 D. de superf. (43, 18).

war[cc]). Wer die Servitut als ſein Recht zehn oder zwanzig Jahre hindurch weder vi noch clam noch precario ausgeübt hat, dem gilt dieſe „longa consuetudo“ als rechtmäßige Erwerbung, die Servitut iſt longa quasi possessione entſtanden, und er hat eine utilis actio, bey der er nur jenes, nicht einen ſonſtigen Entſtehungsgrund zu beweiſen braucht[dd]). Jede Ausübungshandlung, die während jener Zeit mit einem jener Vitia geſchehen iſt, verhindert die Erſitzung, dieſe wird daher ſchon durch ein einfaches Verbot des Eigenthümers unterbrochen, da der Ausübende dadurch in den Zuſtand der Vis geſetzt wird[ee]). Es iſt wohl nicht zu zweifeln, daß dieſe Erſitzung auch auf Servituten an italiſchen Grundſtücken übertragen worden iſt; eher könnte es als ungewiß betrachtet werden, ob ſie, bey deren Ausbildung offenbar die Rückſicht auf Realſervituten wenigſtens vorgeherrſcht hat, auch für Perſonalſervituten gegolten habe[ff]).

---

cc) L. 2 C. de servit. (3, 34): — servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti —.

dd) L. 1 C. eod. L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3) L. 5 §. 3 D. de itin. (43, 19) L. 10 pr. D. si servit. (8, 5): si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.

ee) L. 2 C. de servit. (3, 34): — si ante id spatium eius usus tibi interdictus est —.

ff) Nach juſtinianiſchem Recht iſt dieß entſchieden der Fall L. 12 in f. C. de praescr. longi temp. (7, 33). — Manche neuere Juriſten haben die einfache Geſtalt dieſer Erſitzung durch willkührliche Erfindungen corrumpirt, indem ſie theils die Analogie der longi temporis possessio beim Eigenthum ausgeſchloſſen haben, wo ſie gewiß ſtattfindet, namentlich hinſichtlich der Zeit, ſtatt deren ſie hier eine unbeſtimmte, (unnöthiger Weiſe) ins Ermeſſen des Richters geſtellte annehmen wollen, theils aber dieſe Analogie in ſolchen Punkten herbeiziehen, wo ſie offenbar durch die oben dargeſtellte Bildung der Servitutenerſitzung ausgeſchloſſen iſt. Dahin gehört, daß man einen iustus titulus gefordert

3) Aus dem früheren Civil- und prätoriſchen Recht hat ſich das neuſte, wie wir es in den juſtinianiſchen Geſetzbüchern finden, in Folge der übrigen Veränderungen (Aufhebung der In Jure Ceſſio und Mancipation, des Unterſchiedes zwiſchen italiſchem und Provincialboden, des Gegenſatzes von quiritiſchem und bonitariſchem Eigenthum) ganz von ſelbſt entwickelt. Die Servituten entſtehen durch Teſtament, durch Adjudication, durch Erſitzung, und durch pacta et stipulationes, die nun allgemein an die Stelle der alten Beſtellung durch in iure cessio und mancipatio getreten ſind[gg]). Wollte man nun für das juſtinianiſche Recht den Sprachgebrauch servitus iure und tuitione praetoris constituta beibehalten, ſo mußte man den erſten Ausdruck von einer rechtmäßig, alſo von dem Eigenthümer (oder durch den Richter ſtatt ſeiner) beſtellten Servitut verſtehen, den zweiten dagegen auf die Beſtellung durch einen Nichteigenthümer, alſo den Emphyteuta, Superficiarius, oder endlich einen gar nicht Berechtigten beziehen[hh]). Für dieſen letzten Fall iſt noch im juſtinianiſchen Recht die Tradition von Wichtigkeit, indem ſie die Publiciana verſchafft (Note aa),

---

hat, für den das nec vi etc. eben das Surrogat iſt, ferner bona fides, wovon unſere Quellen ebenſo wenig etwas enthalten. Man hat dafür angeführt L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6): *servitute usus* non videtur, nisi is qui suo iure uti se *credidit*, ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit; ohne allen Grund, wie einfach daraus erhellt, daß dieſe Stelle kein Erforderniß der Erſitzung ſondern des Beſitzes giebt. Da nun ein ſolches Erforderniß die bona fides entſchieden nicht iſt, ſo kann credidit nur den animus possidendi bezeichnen, und damit ſtimmen die vom Gegentheil gegebenen Beiſpiele vollkommen überein.

gg) §. 1 I. de usufr. (2, 4): — sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet —. §. 4 I. de servit. (2, 3): si quis velit vicino aliquod ius constituere pactionibus atque stipulationibus id efficere debet —.

hh) So geſchieht es in L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

bey der es des Beweiſes, daß der Beſteller Eigenthümer geweſen, nicht bedarf[ii]).

Aufhebung der Servituten[a]).

CCLVII. Die verſchiedenen Gründe der Endigung der Servituten und Wiederherſtellung der libertas rei haben theils eine innere Nothwendigkeit, indem ſie entweder auf der Natur der Rechte an Sachen überhaupt oder der iura in re, oder auf der Natur der Servituten inſonderheit beruhen, theils ſind ſie frey von dieſer Nothwendigkeit.

Als Rechte an Sachen müſſen die Servituten mit der Sache ſelbſt untergehen, mit dem natürlichen oder dem juriſtiſchen

ii) Es war früher die herrſchende Lehre, daß in allen den zahlreichen Stellen, wo pacta et stipulationes als Beſtellungsart der Servituten, und zwar ex professo, angegeben werden, durch eine wunderbar übereinſtimmende und faſt verabredete Nachläßigkeit gerade das Hauptmoment der ganzen Beſtellung, nämlich die Tradition weggelaſſen worden ſey. Die Tradition ſpielt eine ſo große Rolle beim Eigenthum (nämlich im neuſten Recht, im älteren war dieß anders), warum ſollte ſie nicht auch bey den Servituten dieſelbe Bedeutung haben? Gegen dieſe Meinung hat zuerſt Savigny die wahre Geſtalt der Sache hergeſtellt, ſeine Anſicht iſt von Mehreren in verſchiedener Weiſe ausgeführt worden (zuerſt von Schmidtlein: de servitutibus per pactum constituendis 1823, dann von Michelſen, Archiv für civil. Prax. VII. 14, von Haſſe, Rhein. Muſeum I S. 64 ff. und Andern). Die ältere Lehre, daß der Vertrag nicht hinreiche, ſondern eine Tradition hinzukommen müſſe, hat indeſſen noch immer ihre Vertheidiger, der neuſte derſelben iſt v. Vangerow Leitfaden I S. 685 — 695. Den Standpunkt, von welchem aus allein das Feſthalten dieſer Lehre erklärlich iſt, giebt V. ſelbſt offen zu erkennen, indem er verſichert, es „für civiliſtiſch unmöglich" zu halten, daß „das dingliche Servitutenrecht durch bloße Verträge entſtehe." Ich zweifle keinen Augenblick, daß der ſcharfſinnige Juriſt, wenn er dieſe „civiliſtiſche Unmöglichkeit" mit kritiſchem Auge betrachten will, finden wird, daß ſie nichts als ein alter Aberglaube, ein Ueberreſt der verſchollenen Lehre vom titulus und modus adquirendi, und eine der Feſſeln iſt, die dem juriſtiſchen Denken den Vorwurf der Unfreiheit zugezogen haben.

a) Dig. VII. 4: quibus modus usus fructus vel usus amittitur. VIII. 6: quemadmodum servitutes amittuntur.

Untergang, durch den die Sache aus der Reihe der Gegenſtände von Rechten überhaupt oder von Rechten dieſer Art hinweggenommen wird[b]); Perſonalſervituten erlöſchen ſogar ſchon durch eine gänzliche Umgeſtaltung der Sache, daher auch durch Zerſtörung des Gebäudes, oder Verwandlung der area in ein aedificium[c]).

Aus der Natur der iura in re folgt, daß die Servitut untergehen muß, ſo wie ſie mit dem Eigenthum der Sache in derſelben Perſon zuſammentrifft: nulli enim res sua servit[d]). Dieß heißt confusio, ihre Folge iſt, daß die Trennung des Elements, aus dem die Servitut gebildet iſt, vom Eigenthum aufhört; bey dem Uſusfructus wird dieſe Rückkehr, dieſe Wiedervereinigung von usuſfructus nnd proprietas, consolidatio genannt[e]).

Es gehört zum Weſen der Servituten, daß dieſe Rechte mit beſtimmten Subjecten verbunden ſind, von denen ſie nicht getrennt werden können, mit denen ſie ſtehen und fallen. Bey Realſervituten iſt dieſes Subject der jedesmalige Eigenthümer eines beſtimmten Grundſtücks. Der Eigenthümer kann wechſeln, dieß iſt keine Veränderung des Subjects, denn dieſes iſt nicht dieſer Eigenthümer, ſondern der Eigenthümer dieſes Grundſtücks, aber die Servitut kann nicht von einem Grundſtück auf das andere übertragen werden. Sie erliſcht mit dem Untergang des herrſchenden Grundſtücks, doch nicht durch

---

b) L. 23. 24. 30 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 14 pr. D. quemadm. servit. (8, 6).

c) L. 5 §. 2. 3 L. 10 §. 7 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) Paul. III. 6, 31. L. 71 D. de usufr. (7, 1). Für servitutes praediorum gilt dieß nicht, es iſt möglich, daß durch eine ſolche Veränderung die Ausübung unterbrochen wird, das Recht ſelbſt geht dadurch allein nicht unter L. 31 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 9 pr. D. si servit. (8, 5).

d) L. 1 D. quemadm. serv. (8, 6): Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusqeu praedii dominus esse coeperit.

e) Fragm. vat. 83, L. 3 §. 2 D. de usufr. accr. (7, 2).

einen theilweiſen, oder eine bloße Umgeſtaltung [f]). Das Subject der Perſonalſervituten iſt das Individuum, das die Servitut erworben hat, mit dem Tod deſſelben geht ſie unter, iſt ſie auf die Erben erſtreckt, ſo iſt dieß als Beſtellung einer künftigen neuen Servitut zu betrachten [g]). Eine fortwährende Trennung des Uſusfructus von der Proprietät würde dem Weſen der Servitut zuwider ſeyn, die nie ſo weit ſich ausdehnen ſoll, daß das Eigenthum durch ſie zu einem bloßen Scheindaſeyn herabgeſetzt wird [h]). Deshalb war die Frage, ob einer juriſtiſchen Perſon ein Uſusfructus beſtellt werden könne, bey der er leicht jene Folge haben würde, indem zwar hier der Untergang durch Aufhebung derſelben eintreten [i]), auf dieſes Ereigniß aber als ein durchaus ungewöhnliches nicht gerechnet werden kann. Man ließ den Uſusfructus zu mit der Beſchränkung auf hundert Jahre, nach deren Ablauf er wie durch den Tod erlöſchen ſoll [k]). Aber nicht bloß durch den Tod des Berechtigten, ſondern auch durch eine Veränderung ſeiner Rechtsfähigkeit, die unter den Begriff einer capitis deminutio fällt, ſoll das caput, dem der Uſus oder Uſusfructus zuſteht, weggenommen, und die Servitut daher untergegangen ſeyn [l]). Es

---

f) L. 20 §. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

g) L. 3 §. 3 L. 5 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4) L. 38 §. 10 — 12 D. de V. O. (45, 1).

h) L. 14 C. de usufr. (3, 33).

i) L. 21 D. qu. mod. ususfr. (7, 4).

k) L. 56 D. usufr. (7, 1) L. 8 D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

l) L. 1 D. qu. mod. ususfr. (7, 4) Fragm. vat. 61—64. Paul. III. 6, 28. 29. Juſtinian hielt es für unbillig, der c. d. minima dieſe Wirkung zu laſſen, er beſchränkte ſie auf die maxima und media L. 16 §. 2 C. de usufr. (3, 33). Schon die römiſchen Juriſten hatten geglaubt, dieſe Endigungsart auf die habitatio und operae, wegen ihrer mehr factiſchen als rechtlichen Natur, nicht anwenden zu müſſen, und zwar nicht bloß in Beziehung auf die c. d. minima (§. 255 Note cc).

verſteht ſich, daß dieſe Endigungsarten (Tod und c. d.) auf Realſervituten keine Anwendung finden[m]).

Die Perſonalſervitut iſt ihrem Weſen nach auf eine Zeit (die Lebenszeit des Berechtigten) gegeben, daher iſt es natürlich, daß wenn neben dieſe noch eine andere, ebenfalls unbeſtimmte oder eine beſtimmte geſetzt, alſo z. B. der Nießbrauch auf zwey Jahre gegeben iſt, der Ablauf derſelben das Recht ipso iure, ſo gut wie der Ablauf der Lebenszeit, aufhebt[n]). Anders bey Realſervituten, eine Verabredung, die ihre Dauer auf dieſe Weiſe willkührlich beſchränkt, endigt die Servitut nicht ipso iure, ſie giebt dem Eigenthümer nur ein der ferneren Geltendmachung derſelben entgegenſtehendes Recht, die exceptio pacti oder doli[o]).

Die Servitut kann von dem Berechtigten aufgegeben werden. Das Jus civile hat dafür ein ſolennes Rechtsgeſchäft, die in iure cessio an den Eigenthümer[p]). Aber auch eine

---

m) L. 3 D. quemadm. serv. (8, 6).

n) Paul. III. 6, 33. L. 5. 12 C. de usufr. (3, 33).

o) L. 4 pr. D. de servit. (8, 1).

p) Paul. III. 6, 32. Pomp. L. 20 pr. D. de servit. pr. rust. (8, 3), wo das Wort concedere wahrſcheinlich eine Interpolation für in iure cedere iſt. — (Die in iure cessio hat die Form einer Negatoria, bey den Servituten, wo die Libertas auch in der Geſtalt einer entgegengeſetzten servitus (altius tollendi u. ſ. w.) auftritt, auch die einer Conſeſſoria. Scheurl's Behauptung: auch bey dem Uſusfructus könne die in iure cessio durch eine Vindicatio des Proprietars vor ſich gehen (Zeitſchr. XII S. 251) muß ich nach L. 25 pr. D. de V. S. (50, 16) L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6) in Abrede nehmen. R.) — Nur an den Eigenthümer der dienenden Sache kann die in iure cessio geſchehen, an einen Andern iſt ſie ohne Wirkung Gai. II. 30: — alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi. Ebenſo §. 3 I. de usufr. (2, 4): — cedendo extraneo nihil agitur —. Man nimmt häufig an, eine andere Anſicht habe Pomponius L. 66 D. de iure dot. (23, 3), deren Worte: — quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfruc-

bloße (ſelbſt ſtillſchweigende) Uebereinkunft zwiſchen beiden hat die Wirkung, wenigſtens ope exceptionis die Servitut aufzuheben[q]). Bey dem Uſusfructus wird auch ein einſeitiger Verzicht, eine Dereliction, erwähnt, wodurch der Uſufructuar ſich zugleich von den Laſten, die er vermöge ſeines Nießbrauchs tragen muß, befreien kann[r]), bey Realſervituten kam dieſe Veranlaſſung nicht vor.

Der Berechtigte kann aber die Servitut auch dadurch verlieren, daß er ſie eine gewiſſe Zeit hindurch nicht ausübt; es liegt dieſem Rechtsſatz theils überhaupt eine Begünſtigung der Eigenthumsfreiheit, theils das Bedürfniß, den mangelnden Beweis einer ſonſtigen Aufhebung zu erſetzen (wie bey der Uſucapion), theils endlich für das älteſte Recht der Gedanke einer Ergänzung formell unvollkommener Aufhebung zu Grunde, ſo einer remissio servitutis nicht durch förmliche in iure cessio, ſondern durch bloße Uebereinkunft, die damals wahrſcheinlich für ſich allein jene Wirkung nicht hatte, ſie aber durch das Hinzukommen jenes Nichtgebrauchs erhielt. Es begegnen uns im römiſchen Recht zwey Inſtitute, welche auf jene Aufhebung gerichtet ſind: libertatis usucapio und reiner non usus; das Verhältniß beider iſt nun theils für das ältere, theils für das neuere Recht zu beſtimmen.

---

tum — von einem ſofortigen Untergang des Uſusfructus in Folge der Ceſſio verſtanden werden, ſo z. B. Puggé, Rhein. Muſeum I S. 145—157, Vangerow Leitfaden I S. 676 ff. Dieſer Gedanke wäre gewiß nicht ſehr glücklich ausgedrückt. Was aber die innere Wahrſcheinlichkeit dieſer Anſicht anlangt, ſo hat man ſich bey ihrer Vertretung einen viel zu engen Kreis gezogen. Was vom Uſusfructus, hätte Pomponius auch von der in iure cessio einer Realſervitut an einen Extraneus behaupten müſſen; man möge nun zuſehen, ob jene Anſicht, die man Pomponius unterlegt, hier eben ſo natürlich ſcheint, als man ſie bey dem Uſusfructus ſich vorſtellt. S. übrigens Huſchke Studien S. 240 Note 71.

q) L. 14 §. 1 D. de servit. (8, 1) L. 34 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 8 pr. D. quemadm. serv. (8, 6) L. 4 §. 12 D. de doli except. (44, 4). *r*) L. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1).

Als das älteſte dieſer Inſtitute dürfen wir die libertatis usucapio betrachten, die ſich ganz eng an das uralte Recht der Uuſucapion des Eigenthums anſchließt. Aber ſie ſetzt voraus, daß jemand in dem Beſitz der Sache zugleich die libertas rei beſitzt, dieß läßt ſich nur annehmen, wo dieſe Freiheit eine ſich äußerlich an der Sache darſtellende Qualität, wo ſie in der Sache gleichſam verkörpert iſt, und ſo ein Gegenſtand des Beſitzes in dem Beſitz der Sache wird. Am entſchiedenſten iſt dieß der Fall, wenn die Freiheit ſich als eine poſitive Vorrichtung an der Sache darſtellt, wie die Freiheit von der servitus altius non tollendi in dem über dieſe Schranke hinaus erhöhten Gebäude, wer das erhöhte Haus beſitzt, beſitzt etwas, das mit der Exiſtenz jener Servitut unverträglich iſt, er beſitzt in dem Haus wirklich die Freiheit von der Servitut. Doch iſt auch ſchon die Entfernung einer bisher vermöge der Servitut beſtehenden Anſtalt z. B. die Schließung des Lochs, das der Nachbar in unſerer Wand hatte vermöge der servitus tigni, etwas poſitives, und der Beſitz des Hauſes in dieſem Zuſtand als Beſitz der Freiheit anzuſehen. Bey Feldgrundſtücken verkörpert ſich die Freiheit keineswegs auf jene Art, bey servitutes praediorum rusticorum iſt daher keine usucapio libertatis möglich [s]). Eben ſo wenig iſt ſie anwendbar bey Perſonalſervituten, bey ihnen ſchließt die Freiheit oder Unfreiheit noch weniger einen veränderten Zuſtand der Sache ſelbſt in ſich [t]). Jene usucapio libertatis gegenüber von servitutes praediorum urbanorum ſetzt einmal die Herſtellung des äußeren Zuſtands an dem dienenden Grundſtück voraus, in welchem die Freiheit

s) Paul. I. 17, 1: Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur, nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur. Die Stelle iſt ſicher von dem Epitomator verdorben, der Sinn aber iſt nicht zweifelhaft.

t) L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3): — ut enim ususfructus usucapi non potest —. Aus dem Zuſammenhang ergiebt ſich, daß dieß von einer Rückuſucapion durch den Proprietar zu verſtehen iſt, nicht von der Entſtehung des Uſusfructus.

von der Servitut hervortritt, z. B. das Höherbauen, das Vermauern der Oeffnung, überhaupt die Entfernung der Anſtalt, — ohne eine ſolche poſitive Thätigkeit des Eigenthümers iſt ſie nicht möglich[u]), ſodann den Beſitz des dienenden Grundſtücks in dieſem freien Zuſtand zwey Jahre hindurch, der Verluſt dieſes Beſitzes unterbricht die usucapio libertatis[v]).

Sollen nun die Ruſtical- und Perſonalſervituten, weil die usucapio libertatis bey ihnen keine Anwendung findet, dem Untergang durch Zeitablauf ganz entnommen ſeyn? Man fand dieß keineswegs angemeſſen; warum ſollte ihnen gegenüber die Freiheit des Eigenthums weniger Gunſt erfahren? Es geſtaltete ſich folgende Rechtsanſicht. Mit jener usucapio libertatis geht ein non usus der Servitut von Seiten des Berechtigten Hand in Hand, nur iſt er für ſich allein nicht hinreichend, den Verluſt der Servitut herbeizuführen. Das was noch hinzukommen muß, iſt bey jenen andern Servituten nicht ſtatthaft, ſo betrachtete man nun bey ihnen den bloßen non usus d. h. die Nichtvornahme deſſen, wozu die Servitut berechtigt, für hinreichend, die Servitut zu zerſtören und die libertas rei wieder herzuſtellen, wenn dieſer non usus von Seiten des Berechtigten ſich die geſetzliche Zeit hindurch fortgeſetzt hat, beim usus und ususfructus ein oder zwey Jahre, jenachdem die Sache beweglich oder unbeweglich iſt, bey servitutes rusticae zwey Jahre[w]). Hiernach ließ ſich das geltende Recht

---

u) L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 18 §. 2 D. quemadm. serv. (8, 6). *v*) L. 32 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

w) Paul. III. 6, 30: non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. I. 17, 2: servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. Mit den letzten Worten wird entweder die Wirkung des non usus für den Eigenthümer ausgedrückt (recipit qui dedit servitutem), und dann hat usurpare hier die gewöhnliche Bedeutung von Unterbrechung des usus, — oder die Verhütung des Verluſtes (recipere in dem Sinn von Behalten, dem

ſo beſtimmen: alle Servituten (mit Ausnahme der anomalen Perſonalſervituten) gehen durch non usus unter, aber bey den servitutes praediorum urbanorum reicht dieſer nicht hin, es muß noch jene libertatis usucapio hinzukommen [x]). Nun mußte man aber eine billige Rückſicht auf den Fall nehmen, wenn eine servitus rustica ſo gegeben iſt, daß ſie nur in größeren Zwiſchenräumen z. B. ein Jahr um das andere, oder einen Monat um den andern, oder nur einmal im Jahr u. ſ. f. ausgeübt werden darf. Bey einem ususfructus alternis annis datus war man von ſelbſt über dieſe Schwierigkeit hinaus, ein ſolcher iſt nicht Einer, es ſind mehrere Servituten, die ſich ſtets erneuern, ein Verluſt durch non usus iſt nicht möglich [y]). Dieß läßt ſich bey Realſervituten nicht ſagen (Note y), aber es wurde die Anſicht herrſchend, hier in jenen Fällen die Zeit zu verdoppeln [z]).

Auf Servituten an Provincialgrundſtücken waren non usus und libertatis usucapio nicht anwendbar, es iſt aber nicht zu bezweifeln, daß dem longum tempus hier eine gleiche Wirkung eingeräumt wurde, und zwar bey servitutes praediorum urbanorum als longi temporis possessio, der usucapio libertatis analog, bey andern Servituten einem reinen Nichtgebrauch von zehn Jahren.

So war das Recht beſchaffen, das Juſtinian vorfand. Er beſchäftigte ſich zuerſt mit dem Uſusfructus. Zwey Perſonal-

---

Aufgeben oder Verlieren entgegengeſetzt) durch einen Gebrauchsact (dieß würde dann usurpata heißen) während jenes Zeitraums.

x) So drückt ſich aus L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

y) L. 13 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) L. 28 D. qu. mod. ususfr. (7, 4).

z) L. 7 D. quemadm. serv. (8, 6) L. 14 pr. C. de servit. (3, 34). — Das iter ad sepulcrum wurde als Servitut behandelt, obwohl die Eigenſchaft des herrſchenden Grundſtücks als locus religiosus ſtreng genommen dem widerſpricht L. 14 §. 1 D. de servit. (8, 1); man dehnte aber dieſe Behandlung nicht bis zur Anwendung des non usus aus, die hier ganz unpaſſend geweſen wäre L. 4 D. quemadm. serv. (8, 6).

ſervituten gab es, die ſchon nach dem älteren Recht nicht durch non usus untergiengen, habitatio und operae, bey dieſen hatte man dagegen den Verluſt durch Uſucapion der Sache zugelaſſen [aa]. Juſtinian hielt es für billig, auch die regelmäßigen Perſonalſervituten ähnlich zu behandeln, der Uſusfructus ſoll nicht mehr durch non usus untergehen, dagegen ſoll dem Uſufructuar die praescriptio longi temporis entgegenſtehen, wenn er zehn oder zwanzig Jahre lang ſein Recht gegen den Beſitzer der Sache nicht geltend gemacht hat. So verordnet ein Geſetz vom Jahr 530 [bb]. Ein Jahr darauf, alſo 531, erklärt Juſtinian, wie beim Uſusfructus verordnet worden ſey, ſo ſollen auch alle andern Servituten nicht ſchon durch einen Nichtgebrauch von zwey, ſondern erſt in zehn oder zwanzig Jahren untergehen, dieſe Zeit alſo ſoll für alle Servituten gelten [cc]. Was iſt nun die Meinung Juſtinians? ſoll der

---

aa) L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) ſagt dieß von den operae.

bb) L. 16 pr. §. 1 C. de usufr. (3, 33): — non solum actionem quae de usufructu nascitur (d. h. die perſönliche Klage auf Beſtellung des Rechts Fragm. vat. 47), sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere — sed usumfructum quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat dum vivit intactum — — nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Will man den Worten nicht entſchieden Unrecht thun, ſo muß man das Geſagte darin finden; damit iſt aber allerdings noch nicht entſchieden, ob das Geſetz dieſen Sinn, den es ſicher bey ſeiner Erlaſſung hatte, auch noch als Beſtandtheil des Codex, gegenüber dem übrigen Inhalt der juſtinianiſchen Legislation haben kann. Davon nachher.

cc) L. 13 C. de servit. (3, 34): Sicut usumfructum qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio (quia tantummodo soli rebus annexae sunt), sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis explosis differentiis.

Untergang durch non usus überall beſeitigt ſeyn, und an ſeine Stelle die praescriptio longi temporis (eine Art von usucapio libertatis) treten? Dieſer Annahme widerſpricht auf das Entſchiedenſte die Darſtellung des non usus in den Digeſten, in welche die oben vorgetragene Theorie im weſentlichen durchaus (nur mit Weglaſſung der ein und zwey Jahre) recipirt iſt, eben ſo die Darſtellung in den Inſtitutionen[dd]), endlich auch der Inhalt des Geſetzes von 531 ſelbſt, welches als Gegenſtand der Veränderung nur die Zeit angiebt, und ſelbſt den Inhalt jenes erſten Geſetzes von 530 ſo referirt, als ob dadurch nichts weiter als die Zeit geändert worden wäre (Note cc). Das Reſultat iſt: die weitgreifende Reform, die das Geſetz von 530 für die Aufhebung des Uſusfructus durch Zeitablauf enthielt, iſt zurückgenommen, die ganze Veränderung, welche Juſtinian bleibend vorgenommen hat, reducirt ſich auf die Erhöhung der Zeit von 1 oder 2 Jahren auf zehn, zwanzig, wie ſie bey Provincialgrundſtücken ohne Zweifel ſchon früher ſtattgefunden hatte, die ganze übrige Theorie blieb ſtehen, das Geſetz von 530 übrigens fand man ſich bey der Aufnahme in den Codex nicht veranlaßt zu ändern, da ſich ihm, wenn man es nicht auf die Goldwage legte, wohl auch der Sinn, den es nun allein haben konnte, unterlegen ließ.

---

dd) §. 3 I. de usufr. (2, 4): Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio.

BAYERISCHE STAATS- BIBLIOTHEK MUENCHEN

18. Jun

uchs.

Puchta, Georg Friedrich, / Rudorff, Adolf Friedrich, / Krüger, Paul,

Cursus der Institutionen

Bd.: 2

Leipzig (1846)

J.rom.c. 273 mc-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565809-1